Münster i/W. 1934. No //
Jur. Diss.

Der Begriff des Scheingeschäfts nach dem geltenden Deutschen Bürgerlichen Recht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i. W.

vorgelegt von

Karl Rüßmann
Gerichtsassessor
aus Wermelskirchen.

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten.

1934

Der Begriff des Scheingeschäfts nach dem geltenden Deutschen Bürgerlichen Recht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i. W.

vorgelegt von

Karl Rüßmann
Gerichtsassessor
aus Wermelskirchen.

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten.

1 9 3 4

Referent: Herr Prof. Dr. Jacobi
Korreferent: Herr Prof. Dr. Krückmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

	Seite:
I. Das Problem des Scheins im Scheingeschäft.	1
1. Grundlegung. — Das Fehlen der Erklärung.	1
2. Bekämpfung der herrschenden Meinung. — Das Fehlen des Willens.	10
3. Ausbau der richtigen Ansicht. — Nochmals das Fehlen der Erklärung.	20
II. Der Begriff des Scheingeschäfts.	25
III. Verwandte Begriffe. Das verdeckte Rechtsgeschäft.	26

Schrifttum.

Bading, Scheinerklärungen, in GruchotsBeitr. Bd. 58, S. 769 ff.

Baer, Scheingeschäfte, Berlin 1931.

Biermann, Bürgerliches Recht, 1. Bd., Berlin 1908.
2. Abtlg., die Handelsgeschäfte, Leipzig 1918.

Brodman, im Handbuch des gesamten Handelsrechts, hsg. von Ehrenberg, Bd. IV,

Brons, § 119 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erlanger Diss. 1905.

Brose, Grundsätzliches zur Willenserklärung, ArchZivPrax. Bd. 130, S. 188 ff.

Cosack (Mitteis), Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 8. Aufl., Jena 1927.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., Jena 1911.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach Deutschem Bürgerlichem Recht, 1. Bd., Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 9. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Abtlg., 13. Bearbeitung, Marburg 1931.

Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889.

Fuchs, Wilhelm, Umgehung des Gesetzes, Göttingen 1917.
Pseudonyme Rechtsgeschäfte, ArchZivPrax. Bd. 115, S. 84 ff.
Scheinhändel, Göttingen 1918.
Steuerumgehung, Berlin 1923.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 1903.

Goldstaub, Simulierte und fiduciarische Rechtsgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Rostocker Diss. 1903.

Gottschalk, Simulierte Rechtsgeschäfte, GruchotsBeitr. Bd. 65, S. 528 ff.
Die Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht, Bd. I, 1917, Bd. II, 1919, Hannover.

Hartmann, Das simulierte Rechtsgeschäft nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Jenaer Diss. 1904.

Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, Leipzig 1910.
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Allgemeiner Teil, Berlin 1926.

Himmelschein, Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft, Mannheim 1930.

Hoeniger, Besprechung zu Fuchs' Scheinhändel in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht (ZHR.), Bd. 82, S. 493 ff.

Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, Iherings Jahrb. (JherJ.) Bd. 55 S. 413 ff., Bd. 58, S. 101 ff.

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1899.

Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen, München 1910.

Kiehl, Schutz des Dritten gegen Scheingeschäfte, GruchotsBeitr. Bd. 63, S. 558 ff.

Kleinfeller, Besprechung zu Fuchs' Scheinhändel in d. Zeitschr. f. Deutschen Zivilprozeß (ZZP.) Bd. 48, S. 246 ff.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, JherJ. Bd. 16, S. 91 ff.
Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, JherJ. Bd. 16, S. 325 ff.
Ueber den Willen im Privatrecht, JherJ. Bd. 28, S. 166 ff.
Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß, ArchZivPrax. Bd. 80, S. 141 ff.
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Berlin 1904.

Kraus, Die Lehre vom Scheingeschäft, Gießener Diss. 1930.

Kroeber, Der rechtsgeschäftliche Schleichweg und das Scheingeschäft, Erlanger Diss. 1917.

Krückmann, Besprechung zu Fuchs' Umgehung des Gesetzes und Scheinhändel, JW. 1919, S. 367 ff.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900.
Levin, Besprechung zu Fuchs' Scheinhändel in GruchotsBeitr. Bd. 63, S. 351 ff.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Besprechung zu Henles Vorstellungs- und Willenstheorie in ZHR. Bd. 77, S. 529 ff.
Irrtum und Auslegung, Berlin 1918.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, I. Buch, Allg. Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.
Partsch, Die Lehre vom Scheingeschäft im römischen Recht, ZSavSt., Rom. Abtlg., Bd. 42, S. 227 ff. und in: Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, Berlin 1931, S. 122 ff.
Planck (Flad), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1913.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB., Ausgabe Achilles, Gebhard, Spahn, Berlin 1897.
Regelsberger, Pandekten, 1. Bd., Leipzig 1893.
Reichsgerichtsräte, Kommentar von Reichsgerichtsräten, 1. Bd., 7. Aufl., Berlin 1929.
Riezler in J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 1925.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Savigny, Fr. C. v., System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd., Berlin 1840.
Schwister, Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht, JW. 1931, S. 1160 ff. Schiebungen unter Ehegatten, JW. 1931, S. 2548 ff.; vgl. auch JW. 1932, S. 199.
Sonntag, Das simulierte Rechtsgeschäft, Erlanger Diss. 1898.
Strobel, Das Problem der Wahrheit im Scheingeschäft, Göttinger Diss. 1928.
von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, München 1914.
Vogel, Mentalreservation und Simulation, Erlanger Diss. 1899.
Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1912.
Wette, Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis, Greifswalder Diss. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Teil, Berlin 1890.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547224_0237

I. Das Problem des Scheins im Scheingeschäft.

Der Begriff des Scheingeschäfts nach dem geltenden Deutschen Bürgerlichen Recht läßt sich nur bestimmen, wenn zuvor feststeht, worin bei einem solchen Geschäft der Schein besteht. Vor der erstrebten Begriffsbestimmung muß deshalb das Problem des Scheins im Scheingeschäft gelöst werden. Das sei im folgenden zunächst in einer allgemeinen Grundlegung, sodann in einer Auseinandersetzung mit der zur Zeit auf diesem Gebiete herrschenden Meinung und schließlich in einer Darstellung, Berichtigung und Vervollständigung der der herrschenden Meinung entgegenstehenden richtigen Ansicht versucht. Aus der Lösung dieses Problems wird sich sodann der Begriff des Scheingeschäfts von selbst ergeben.

1. Grundlegung. — Das Fehlen der Erklärung.

Der Ausdruck „Scheingeschäft" ist die abgekürzte Bezeichnung für das Scheinrechtsgeschäft. Man kann stattdessen auch Scheinwillenserklärung (Schwe.) sagen. Denn der Kern eines jeden Rechtsgeschäfts ist die rechtsgeschäftliche Willenserklärung (We.).

Allerdings kann das Rechtsgeschäft im Einzelfall noch andere Bestandteile rechtlicher oder tatsächlicher Natur haben[1]), z. B. die gesetzlich oder vereinbarungsgemäß festgelegte Schriftlichkeit der Erklärung, ihre Abgabe vor einer Behörde usw. Da jedoch diese Bestandteile mehr oder weniger zufällig im Einzelfall an den Kern des Rechtsgeschäfts herangetragen werden und sie infolgedessen zu seinem Wesen nicht hinzugehören, so sind sie für den Begriff des Rechtsgeschäfts unerheblich. Sie können infolgedessen auch bei der Frage nach dem Begriff des Scheinrechtsgeschäfts außer Betracht bleiben.

Das Scheingeschäft wird deshalb hier der Schwe. gleichgesetzt und demgemäß das Problem des Scheins im Scheingeschäft aufgefaßt als das Problem des Scheins in der Schwe.

Da wir nun ferner gewöhnt sind, bei den rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen die Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind — die empfangsbedürftigen Willenserklärungen — von denjenigen, die nicht einem anderen gegenüber abgegeben zu werden brauchen — den nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen — zu unterscheiden, liegt es nahe, auch die Scheinwillenserklärungen danach einzuteilen, ob eine empfangsbedürftige oder eine nichtempfangsbedürftige We. nur zum Schein abgegeben wird. Scheinwillenserklärungen der zweiten Art können jedoch, wie unbestritten ist, nicht vorkommen[2]).

Allerdings ist auch bei den nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht jeder Schein unmöglich. So kann das Vorhandensein einer nichtempfangsbedürftigen We. dadurch vorgetäuscht werden, daß der Erklärende die ihr entsprechende Erklärungshandlung nur scheinbar vornimmt, indem er beispielsweise bei der Dereliktion so tut, als ob er seine Uhr wegwerfe, während er in Wirklichkeit nur einen Stein wegwirft und die Uhr behält, oder indem er beim Testament so tut, als ob er seinen letzten Willen niederschreibe, während er in Wirklichkeit den Wortlaut nur spricht und etwas anderes oder gar nichts schreibt. Außerdem kann bei einer nichtempfangsbedürftigen We. der Erklärende eine tat-

---

[1]) Enneccerus-Nipp. § 136, insbes. I, II zu Anfang und unter B; Riezler b. Staud., Einl. II, 4 und IV vor §§ 104 ff.

[2]) Brodmann S. 59; Enneccerus-Nipp. § 156, 2, Fn. 4; Goldstaub S. 14; Grueber i. SeuffBl. 63. Jgg. S. 448; Jacobi S. 75 Fn. 1, S. 90; Kraus S. 23 ff., Kroeber S. 26; Oertmann S. 381.

sächlich vorhandene Rechtsveränderungsabsicht dadurch vorspiegeln, daß er die dieser Absicht entsprechende Erklärungshandlung tatsächlich vornimmt, indem er beispielsweise bei der Dereliktion seine Uhr wegwirft, trotzdem er die Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, nicht hat. Im ersten Fall ist jedoch die nur scheinbar vorgenommene Erklärungshandlung so offensichtlich keine rechtsgeschäftliche We. und in ihrer Rechtsfolge der Nichtigkeit so unproblematisch, daß es sich nicht lohnt, dieserhalb einen besonderen Begriff der nur zum Schein abgegebenen nichtempfangsbedürftigen We. einzuführen. Im zweiten Fall aber ist nicht der Schein einer Willenserklärung erregt sondern der Schein eines tatsächlich nicht vorhandenen Willens. Denn für das Vorliegen einer nichtempfangsbedürftigen We. genügt es, daß der Erklärende die Erklärungshandlung bewußt als eine Handlung setzt, die Dritte dazu veranlassen muß, mit einem entsprechenden Rechtsveränderungswillen des Erklärenden zu rechnen[3]). Diese Voraussetzung ist in dem vorstehend gedachten zweiten Fall gegeben. Infolgedessen handelt es sich hier nicht um eine nur scheinbare sondern um eine wirkliche We.[4]).

Das Problem des Scheins im Scheingeschäft beschränkt sich somit auf das Problem des Scheins in der nur zum Schein abgegebenen empfangsbedürftigen We.

Eine empfangsbedürftige We. wird nur zum Schein, in Wirklichkeit also nicht abgegeben. Wie jeder nur scheinbaren menschlichen Handlung fehlt ihr ein ihre Wirklichkeit bedingendes, also wesentliches Merkmal. Es fragt sich: welches?

Ein wesentliches Merkmal der We. ist die Erklärung. Fehlt sie, so ist eine We. nicht vorhanden. Das ist unbestritten.

Ob und mit welcher rechtlichen Bedeutung der We. auch ein irgendwie gearteter Wille wesentlich ist, mag hier zunächst dahingestellt bleiben: Fehlt der nur zum Schein abgegebenen We. das Merkmal der Erklärung, so ist die Frage nach dem Willen unerheblich; denn wohl wirkt — unter besonderen Umständen — die Erklärung ohne den Willen, nie aber der Wille ohne die Erklärung[5]).

Fraglich ist also zunächst, ob der nur zum Schein abgegebenen We. das wesentliche Merkmal der Erklärung fehlt.

Unter Erklärung ist bei der empfangsbedürftigen We. das dem Erklärungsgegner zugänglich gemachte Gesamtverhalten des Erklärenden zu verstehen, das den Gegner veranlassen muß, auf einen bestimmten Rechtsveränderungswillen des Erklärenden zu schließen[6]). Das bedeutet: der äußere Tatbestand einer empfangs-

---

[3]) Jacobi, S. 79 ff.

[4]) Ueber die andere Frage, ob und weshalb gegebenenfalls diese We. wegen des Fehlens der entsprechenden Rechtsveränderungsabsicht unwirksam ist, vgl. ebenfalls Jacobi S. 79 ff., 90 ff. und 95 ff.

[5]) Vgl. nur Jacobi S. 1, 3, 25 f., 31 Fn. 2; Manigk J. u. A. S. 44, 48 f., 53, 80 ff., 237, 250 und in ZHR. 77 S. 531 f.; Henle, Lehrbuch S. 75; vgl. auch unten S. 19.

[6]) Ich übernehme diese Bestimmung im wesentlichen von Jacobi (Theorie S. 24) und schließe mich damit der von Oertmann (Vorbem. 9 d, α, ββ, 2 vor § 104, S. 331; neuerdings wieder Himmelschein S. 69, 64) sog. „neueren freieren Auffassung" des Erklärungstatbestandes an. Einer Auseinandersetzung mit der insbesondere von Manigk (We. u. Wg. S. 48 ff.) vertretenen Ansicht, der äußere Tatbestand der Erklärung erschöpfe sich in der einzelnen, dem Gegner zugänglich gemachten Erklärungshandlung, für deren Sinn erst das Gesamtverhalten des Erklärenden gegenüber dem Erklärungsgegner maßgeblich sei (We. u. Wg. S. 48, vgl. auch S. 160, 163, 471 ff. und in J. u. A. S. 268 ff.), bedarf es hier nicht. Denn diese Ansicht müßte, wie noch zu zeigen sein wird, (unten S. 12 ff.) unser Problem auf die gleiche Weise lösen, wie es im Text geschieht.

Ueber die subjektive Seite, die Willensseite der Erklärung, soll mit der obigen Bestimmung nichts ausgesagt sein.

In dem Streit über die Charakterisierung des aus dem äußeren Erklärungstatbestand zu erschließenden Willens als Rechtsveränderungswillens schließe ich mich der herrschenden Meinung an (vgl. hierzu Enneccerus-Nipp. § 136 Fn. 3; Jacobi S. 16 ff.; Henle, V. u. W. S. 265—305, Lehrbuch S. 39 ff.; Fuchs, Scheinhändel S. 42 ff. (58) u. Steuerumgehung S. 43 f.,

bedürftigen We. beschränkt sich nicht auf die einzelne, dem Erklärungsgegner zugänglich gemachte Erklärungshandlung in ihrem Alleinsein, das einzelne Wort, den Satz, die Gebärde, Abrede oder Urkunde in ihrem Losgelöstsein von früheren oder begleitenden Worten, Sätzen, Gebärden usw., sondern er umfaßt das gesamte Verhalten, das der Erklärende dem Gegner zugänglich macht[7]). Ferner: das dem Gegner zugänglich gemachte Gesamtverhalten des Erklärenden ist nur dann Erklärung, wenn es dem Gegner zu dem Schluß auf den Rechtsveränderungswillen des Erklärenden Anlaß geben muß. Endlich: für diesen Schluß entscheidend ist nicht die Stellung eines Dritten, sondern die des Erklärungsgegners.

Die Frage, ob der nur zum Schein abgegebenen We. das wesentliche Merkmal der Erklärung fehlt, kann also erst dann beantwortet werden, wenn zuvor das gesamte Verhalten, das in diesem Falle der Erklärende dem Gegner zugänglich macht, festgestellt und die rechtsgeschäftliche Schlüssigkeit, die dieses Verhalten für den Gegner hat, geprüft ist. Das wird im folgenden geschehen. Dabei soll zunächst untersucht werden, welches scheingeschäftliche Gesamtverhalten des Erklärenden das Gesetz voraussetzt, sodann, welches Gesamtverhalten des Erklärenden der Lebenserfahrung nach, und schließlich, welches scheingeschäftliche Gesamtverhalten des Erklärenden nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Wesen der Sache liegt.

Die für das Scheingeschäft maßgebliche gesetzliche Vorschrift enthält § 117 Abs. 1 BGB. Die Prüfung der Frage, welches scheingeschäftliche Gesamtverhalten des Erklärenden das Gesetz voraussetzt, schließt sich deshalb zweckmäßigerweise an diese Vorschrift an. Wegweisend sei dabei zunächst ihr Wortlaut. Ihre etwaige Ausweitung durch analoge Anwendung auf nicht durch den Wortlaut gedeckte Fälle und das dabei vorausgesetzte scheingeschäftliche Gesamtverhalten des Erklärenden wird im Anschluß daran erörtert werden.

§ 117 Abs. 1 BGB. bestimmt: „Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig." Hiernach nimmt der Erklärende bei der nur zum Schein abgegebenen empfangsbedürftigen We. dem Gegner gegenüber eine Handlung vor, die, an sich betrachtet, Erklärung in dem oben festgestellten Sinn — für den Gegner rechtsgeschäftlich schlüssiges Gesamtverhalten — sein könnte.

Diese Handlung nimmt der Erklärende wirklich vor, auf sie erstreckt sich der Schein nicht. Natürlich ist es denkbar, daß auch sie nur zum Schein vorgenommen wird, etwa in der Weise, daß der Erklärende nur so tut, als ob er rede oder schreibe, in Wirklichkeit aber nur die Lippen oder die Hand entsprechend bewegt, oder daß er so tut, als ob er mit dem Gegner spreche, in Wirklichkeit aber mit sich selbst spricht. Es liegt die Annahme, § 117 Abs. 1 umfasse auch diese Fälle, auf den ersten Blick nahe. Jedoch das Gesetz sagt: „Wird eine Willenserklärung. . . . nur zum Schein abgegeben." Das heißt nach allgemeinem Sprachgebrauch, eine Erklärungshandlung erfolgt wirklich, sie hat aber für den Gegner nicht den ihr entsprechenden Sinn[8]). Erfolgt auch die Erklärungshandlung nur zum Schein, so wird nicht „die Erklärung nur zum Schein abgegeben", sondern „die Erklärungshandlung wird nur zum Schein vorgenommen". Ein anderer Ausdruck hierfür ist nicht sachgemäß und deshalb unrichtig. Außer-

97; neuerdings wieder gegen die herrschende Meinung, Brose im ArchZivPrax. 130, S. 188 ff.). Einer Begründung hierzu bedarf es ebenfalls nicht; denn der Streit ist für das im Text folgende unerheblich. Ich bezeichne die Willensrichtung nur, um nicht von einer ganz unbestimmten, „bestimmten rechtsgeschäftlichen oder rechtlich bedeutsamen Willens-, Bewußtseins-, Vorstellungs- oder Geisteslage" sprechen zu müssen, unter der sich niemand etwas vorstellen kann, weil die Angabe der Willensrichtung, des Bewußtseins- oder Vorstellungsgegenstandes, der Art der Geisteslage fehlt. Natürlich halte ich die herrschende Meinung auch für richtig.

[7]) Die Frage, ob auch das Unterlassen empfangsbedürftige We. sein kann (Riezler b. Staud. Einl. III zu §§ 116 ff.), braucht als Grenzfrage des Anwendungsgebietes der empfangsbedürftigen We. hier, wo nur ihr Wesen zur Erörterung steht, nicht entschieden zu werden.

[8]) Vgl. hierzu auch § 405, in dem dies als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

dem ist bei den gedachten Fällen ohne weiteres klar, daß eine Willenserklärung, der jegliche Erklärunghandlung fehlt, keine We. und deshalb als We. selbstverständlich rechtlich bedeutungslos ist. Eine derartige Selbstverständlichkeit festzustellen, kann der Zweck des Gesetzes nicht sein.

Mit der Vornahme der Handlung, die an sich betrachtet Erklärung sein könnte, ist aber nach dem Gesetz das Gesamtverhalten des Erklärenden gegenüber dem Gegner noch nicht erschöpft. Es kommt hinzu, daß der Erklärende dem Gegner vor der Vornahme dieser Handlung seine Absicht, mit ihr nur den Schein einer We. zu erregen, verläßlich kundgibt. Das bedarf näherer Begründung.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird eine We., die einem anderen gegenüber abzugeben ist, „mit dessen Einverständnis" nur zum Schein abgegeben. Darüber, was das Gesetz unter Abgabe einer We. „mit Einverständnis" des Erklärungsgegners versteht, gibt es keine Auskunft. Auch aus den anderen Paragraphen, in denen es vom „Handeln mit Einverständnis eines anderen" redet, den §§ 180 und 639, läßt sich der Sinn dieses Ausdrucks nicht erschließen. Er ergibt sich aber aus dem allgemeinen Sprachgebrauch:

Angenommen, ich schreibe meinem Freunde, daß ich mich zur Anfertigung dieser Arbeit mit Einverständnis meiner Eltern aus dem Justizdienst habe beurlauben lassen. Mein Freund würde sich bei diesen Worten vorstellen, daß ich zunächst meinen Eltern meine Absicht, zum Zwecke der Anfertigung der Arbeit Urlaub zu nehmen, mitgeteilt, sodann meine Eltern nach kurzer oder langer Besprechung ihr Einverständnis dazu erklärt und ich daraufhin das Urlaubsgesuch abgesandt hätte. Oder: Ein Student erzähle einem anderen, er sei mit Einverständnis seines Vaters einer Verbindung beigetreten. Der andere würde sich hierbei vorstellen, daß der Erzähler seinem Vater seine Beitrittsabsicht kundgegeben, sodann dieser sein Einverständnis dazu erklärt und darauf jener seinen Beitritt vollzogen hätte. Oder: Im Nachrichtendienst des Rundfunks werde bekanntgegeben, der Reichskanzler habe mit Einverständnis der übrigen Mitglieder der Reichsregierung dem Reichspräsidenten die Auflösung des Reichstags vorgeschlagen. Stets wird der Zuhörer sich bei diesen Worten vorstellen, daß der Reichskanzler zunächst den übrigen Mitgliedern der Reichsregierung seine Absicht, dem Reichspräsidenten jenen Vorschlag zu unterbreiten, kundgegeben, sodann ihr Einverständnis dazu erlangt und daraufhin die Auflösung vorgeschlagen habe.

Es soll damit nicht gesagt sein, daß sich in der Wirklichkeit nun auch alles so einfach und in der geschilderten Reihenfolge: Kundgabe, Einverständnis, Vornahme der Handlung, die den Gegenstand der Kundgabe und des Einverständnisses bildet, abspielt. So kann beispielsweise die Anregung zur Vornahme der Handlung von demjenigen ausgehen, dessen Einverständnis zu dieser Handlung hier zur Erörterung steht. Hiervon abgesehen ist jedoch der Sachverhalt in den geschilderten Fällen — die Beispiele lassen sich beliebig vermehren — der Gleiche: Erzählt jemand, er habe eine Handlung mit Einverständnis eines anderen vorgenommen, so meint er und stellt sich der Zuhörer dabei vor, daß der Erzähler dem anderen seine Absicht zum Handeln kundgegeben, der andere sein Einverständnis dazu erklärt und der Handelnde im Bewußtsein dieses Einverständnisses die beabsichtigte Handlung vorgenommen hat.

Dies auf den Wortlaut des Gesetzes angewandt ergibt für § 117 Abs. 1: der Erklärende gibt dem Gegner seine Absicht, eine We. nur zum Schein abzugeben, kund, der Gegner erklärt sein Einverständnis dazu und der Erklärende gibt im Bewußtsein dieses Einverständnisses die beabsichtigte We. nur zum Schein ab. Zu dem Gesamtverhalten des Erklärenden gehört hier also, daß er vor der Vornahme der Erklärungshandlung dem Gegner seine Absicht, nur den Schein einer We. zu erregen, kundgibt.

Diese Auffassung des gesetzlichen Tatbestandes kommt auch in den Redewendungen zum Ausdruck, die in Wissenschaft und Rechtsprechung bei der Umschreibung der Worte „mit dessen Einverständnis" üblich sind.

Goldstaub[9]) und Fuchs[10]) reden zum Beispiel vom „gegenseitigen Einverständnis". Nach Biermann[11]) macht der Erklärungsgegner mit dem Erklärenden

[9]) S. 10.
[10]) Pseud. Rge., S. 115.
[11]) § 68, 2.

„gemeinsame Sache". Gottschalk[12]) meint, das Einverständnis der Beteiligten sei Voraussetzung ihres bei dem Scheingeschäft erforderlichen „Zusammenwirkens". Nach Cosack[13]) haben die Beteiligten sich über die Nichternstlichkeit der Aeußerung „verständigt". Planck[14]), dem sich Hartmann[15]) und Vogel[16]) anschließen, sagt, sie seien über die Nichternstlichkeit „einverstanden". Deutlicher ist Rosenberg[17]): „. . . . eine im Einvernehmen mit dem anderen Teile nur zum Schein abgegebene Erklärung . . .". Noch weitergehend sprechen Danz[18]), Bading[19]), Kroeber[20]), Fuchs[21]), Hoeniger[22]), von Tuhr[23]), Kraus[24]) und Strobel[25]) von der „Simulationsabrede, -verabredung, -vereinbarung" oder dem „consensus in simulando", Ausdrücke, die auch bei Riezler[26]), Oertmann[27]) und im Kommentar der Reichsgerichtsräte[28]) wiederkehren. Dem entspricht auch die Ausdrucksweise der Gerichte. So heißt es beispielsweise in einer Entscheidung des Reichsgerichts[29]), ein Scheingeschäft liege dann vor, wenn der „Schein ausdrücklich oder stillschweigend verabredet" sei. — In all diesen Redewendungen ist dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Erklärende vor der Vornahme der Erklärungshandlung zunächst dem Erklärungsgegner seine Absicht, die We. nur zum Schein abzugeben, irgendwie kundgibt.

Nach der Ansicht Eltzbachers[30]), dem sich Enneccerus[31]) anschließt, knüpft allerdings § 117 Abs. 1 die von ihm angeordnete Rechtsfolge „lediglich" an das Einverständnis, bei welchem Worte „man ausschließlich die seelische Tatsache eines bestimmten Wollens im Auge hat, sei es, daß mehrere dasselbe wollen, sei es, daß einem ein Tun oder Lassen eines anderen recht ist[32])". Die Kundgabe des Erklärenden an den Gegner, die We. nur zum Schein abgeben zu wollen, bekümmert Eltzbacher also nicht. Vielmehr läßt er die bloße Gleichzeitigkeit der Erklärungshandlung und der rein seelischen Lage des Erklärungsgegners genügen, die wir „einverstanden sein" mit dieser Handlung nennen. — Allerdings ist Eltzbachers Beweisthema der Satz: beim Einverständnis der §§ 117, 180 und 639 BGB. knüpfe das Gesetz die Rechtsfolge nicht, wie sonst regelmäßig, an die Aeußerung des Wollens, sondern an das Wollen selbst. Infolgedessen sieht er nur das innerlich gebliebene und das dem Gegner erklärte Einverständnis als die beiden möglichen Anknüpfungspunkte des Gesetzes einander gegenüberstehen. Es ist deshalb nicht ohne weiteres gesagt, daß er auch die Erheblichkeit jener Kundgabe verneinen wollte. Wegen der schroffen Fassung seiner Ansicht sei er jedoch beim Worte und seine Ansicht gleichzeitig als willkommener Anlaß genommen, den naheliegenden entsprechenden Einwand gegen die hier vertretene Ansicht zu widerlegen. — Eltzbacher beruft sich auf die Sprache des gewöhnlichen Lebens und den Sprachgebrauch des BGB., die beide das Wort „Einverständnis" nur für ein rein innerliches mit dem Wollen eines anderen zusammenstimmendes Wollen verwendeten. Dabei übersieht er, daß das Wort „Einverständnis" im Gesetz ver-

---

12) Bedeutung II, S. 14.
13) § 98 I 1.
14) § 117, 1.
15) S. 10.
16) S. 26.
17) S. 750.
18) S. 16.
19) S. 773.
20) S. 25.
21) Scheinhändel, durchweg, insbes. S. 195 f.
22) ZHR. 82, S. 494.
23) S. 557 Fn. 16 u. S. 564.
24) S. 15, 24, 28 f.
25) S. 9.
26) § 116, 7.
27) § 117, 2 b.
28) § 117, 1.
29) WarnRspr. 1914, Nr. 245, S. 345.
30) S. 245 ff.
31) Enneccerus-Nipp. § 127, Fn. 10.
32) S. 246.

bunden ist mit den Wörtern: „Wird ... mit (Einverständnis) abgegeben". Diese Wörter, verallgemeinert: das „Handeln mit Einverständnis eines anderen", bezeichnen aber im täglichen Leben nicht nur die bloße Gleichzeitigkeit der Handlung des einen und der seelischen Lage „einverstanden sein" des anderen. In den letzten der oben[33]) gegebenen drei Beispiele wird selbst der rechtsgelehrte Zuhörer nicht nur daran denken, daß der Reichskanzler dem Reichspräsidenten die Auflösung des Reichstags vorschlug und die übrigen Mitglieder der Reichsregierung sich gerade zur selben Zeit in der seelischen Lage des Einverstandenseins hierzu befanden und auch insofern der Vorschlag des Reichskanzlers „mit Einverständnis" der übrigen Mitglieder der Reichsregierung erfolgte. Auch wird im zweiten Beispiel der zuhörende Student sich nicht nur die Gleichzeitigkeit des Beitritts des erzählenden und des Einverstandenseins seines Vaters vorstellen. Nie wird im ersten Beispiel mein Freund beim Lesen meines Briefes nur an mein Wollen denken, das hier, aus wer weiß welchen Gründen, mit dem Wollen meiner Eltern zusammenstimmt. Wo dieses nur gleichzeitig zusammenstimmende Wollen vorhanden ist, da weiß man im Alltag nichts davon oder wird es als selbstverständlich vorausgesetzt und hingenommen. In diesen Fällen eine Handlung als „mit Einverständnis eines anderen vorgenommen" zu bezeichnen, ist ungebräuchlich und mißverständlich. — Was ferner den Sprachgebrauch des Gesetzes angeht, so ist, wie schon hervorgehoben, aus den einzigen Paragraphen, in denen das Gesetz den Ausdruck „Einverständnis" stets in dem Zusammenhang des „Handelns mit Einverständnis eines anderen", gebraucht, aus den §§ 117, 180 und 639 der Sinn dieses Ausdrucks nicht zu erschließen. Das sieht Eltzbacher auch selbst ein. Er meint aber, seine Ansicht werde durch die Entstehungsgeschichte des § 180 bestätigt und legt aus ihr im einzelnen dar, daß das in diesem Paragraphen erwähnte „Einverständnis" nicht *erklärt* zu werden brauche, sondern daß es genüge, wenn es sich aus den Umständen ergäbe. Das mag richtig sein. Für die andere Seite seiner Ansicht, daß es „nur" und „lediglich" der seelischen Tatsache des Einverständnisses bedürfe und gegen die hier vertretene, daß ein Handeln mit Einverständnis eines anderen nur denkbar sei, wenn der Handelnde zuvor dem anderen seine Absicht zu handeln kundgegeben hat, ist damit nichts bewiesen.

Ein ähnliches Bestreben, das in § 117 Abs. 1 erwähnte Einverständnis möglichst weit auszulegen, findet sich in einer erst kürzlich zum „Begriff des Einverständnisses mit der Scheinnatur einer We. im Sinn des § 117 Abs. 1" ergangenen Entscheidung des Reichsgerichts[34]). Nach ihr müssen sich beim Einverständnis im Sinne des § 117 Abs. 1 „*nur beide Teile dessen bewußt sein, daß der Scheinerklärung kein Wille entsprechen soll*". Hiernach käme es also *nur* auf das Bewußtsein der beiden Teile davon an, daß der Scheinerklärung der Wille fehlen solle, und es wäre gleichgültig, welcher Umstand dieses Bewußtsein vermittelt. Insbesondere bedürfte es hiernach nicht einer Kundgabe des Erklärenden an den Gegner, die Erklärung nur zum Schein abgeben zu wollen. — Ich kann mich jedoch auch dieser Ansicht nicht anschließen. Man braucht in dem aus der Entscheidung des Reichsgerichts angeführten Satze nur an die Stelle der „beiden Teile" den Erklärungsgegner zu setzen und statt „bewußt sein" „wissen" zu sagen, so fällt die Unrichtigkeit sofort auf. Es hieße dann etwa: „*Es muß der Erklärungsgegner nur wissen, daß der Scheinerklärung kein Wille entsprechen soll*". Ist er denn bei bloßem Wissen um das Fehlensollen notwendig schon hiermit „einverstanden"? Es ist doch auch denkbar, daß er trotz seiner Kenntnis, besser: gerade wegen seiner Kenntnis sich gegen das Fehlen des Willens aufs äußerste sträubt. Natürlich ist mit jedem Einverständnis auch das Wissen um seinen Gegenstand verbunden. Aber dies Wissen ist noch nicht das Wesentliche dessen, das wir mit Einverständnis bezeichnen. Indem das bei der Begriffsbestimmung des Reichsgerichts unbeachtet bleibt, wird in Wirklichkeit eine Bestimmung des Begriffs „Einverständnis" überhaupt nicht gegeben. — Hinzu kommt, daß durch die Begriffsbestimmung des Reichsgerichts der Unterschied zwischen dem Scheingeschäft, dem Fall des § 117 Abs. 1, und der durchschauten Mentalreservation, dem Fall des § 116 S. 2, verwischt wird. Auch beim durchschauten geheimen Vorbehalt müssen

[33]) S. 4.
[34]) RGE. 134, S. 33 ff. (37).

sich beide Teile dessen bewußt sein, daß der Erklärung kein Wille entsprechen soll. Denn ohne dieses Bewußtsein kann weder der Erklärende sich insgeheim vorbehalten, das Erklärte nicht zu wollen, noch sein Gegner den Vorbehalt durchschauen. Die Kennzeichnung, die das Reichsgericht dem Einverständnis im Sinne des § 117 Abs. 1 und damit dem Scheingeschäft nach geltendem bürgerlichem Recht gibt, paßt also auf den durchschauten geheimen Vorbehalt so gut wie auf das Scheingeschäft. Das Wesentliche, dasjenige, dessen Begriff die Entscheidung nach ihrer Ueberschrift gerade herausstellen will, das Einverständnis des Erklärungsgegners mit der nur zum Schein erfolgenden Abgabe einer We., wird dabei übersehen. Auch die Ansicht des Reichsgerichts gibt mir deshalb keine Veranlassung, von der hier vertretenen Auffassung abzugehen, daß nach dem vom Wortlaut des Gesetzes umrissenen Tatbestand des Scheingeschäfts der Erklärende vor der Abgabe der Scheinerklärung dem Gegner seine Absicht, die Erklärung nur zum Schein abgeben zu wollen, kundgibt.

Zu weit gehen auch Biermann[35]), Planck[36]) und von Tuhr[37]). Obwohl sie sonst durchweg dem herrschenden Sprachgebrauch folgend von Simulationsabrede, -verabredung oder -einigung sprechen[38]), lehren sie, auf den vom Erklärungsgegner durchschauten geheimen Vorbehalt komme, wenn der Gegner mit diesem Vorbehalt einverstanden sei, nicht der sonst maßgebliche § 116 S. 2 sondern § 117 Abs. 1 zur Anwendung. Damit ist gleichzeitig ausgesprochen, daß es beim Scheingeschäft des § 117 Abs. 1 einer Kundgabe des Erklärenden an den Gegner, die Erklärung nur zum Schein abgeben zu wollen, nicht bedürfe; denn ein Einverständnis mit einem Vorbehalt, den der Erklärende dem Gegner verschweigt, kann nicht auf einer Kundgabe des Vorbehalts beruhen. Ich halte jedoch jene Ansicht nicht für richtig.

Nach dem unmißverständlichen Wortlaut des § 117 Abs. 1 kann sich das Einverständnis des Erklärungsgegners nicht auf den geheimen Vorbehalt des Erklärenden ihm gegenüber, sondern nur, wenn man so will, auf den geheimen Vorbehalt des Erklärenden Dritten gegenüber beziehen[39]). Nicht damit ist nach dem Tatbestand des § 117 Abs. 1 der Gegner einverstanden, daß der Erklärende eine We. ihm gegenüber nur zum Schein abgibt — wie könnte er wohl mit einem „Schein" einverstanden sein, den er durchschaut? — sondern damit, daß der Erklärende Dritten gegenüber einen solchen Schein erregt. Der Gegenstand des Einverständnisses ist in beiden Fällen grundverschieden. Dort ist es der geheime Vorbehalt des Erklärenden dem Gegner gegenüber, hier die Scheinerregung Dritten gegenüber. § 117 Abs. 1 kann infolgedessen auf den ersten Fall nicht angewandt werden.

Ebensowenig ist er auf ihn analog anwendbar. Denn im Falle der Mentalreservation wird, wie oft genug ausgeführt worden ist[40]), die We. nicht nur zum Schein sondern wirklich abgegeben. Wenn ich meinem Mieter erkläre: „Ich kündige Ihnen", und ihm dabei verheimliche, daß ich gar nicht die Absicht habe, das Mietverhältnis aufzuheben, sondern nur beabsichtige, Dritten gegenüber den Schein einer Kündigung zu erregen, so kündige ich meinem Mieter nicht nur scheinbar sondern wirklich. Denn indem ich meine Kündigungserklärung abgegeben habe mit dem Bewußtsein, in meinem Mieter damit die Vorstellung und das Vertrauen zu erwecken, daß ich das Mietverhältnis aufheben wolle, habe ich ihm gegenüber alles getan, was von mir aus zur Kündigung erforderlich war[41]). Freilich durchschaut in dem von Biermann, Planck und von Tuhr[42]) gedachten Fall der Erklärungsgegner den geheimen Vorbehalt des Erklärenden und ist er sogar damit einverstanden. Während nun das Gesetz bestimmt, die unter Mentalreservation abgegebene Erklärung solle rechtswirksam sein (§ 116 S. 1), ordnet es im Falle der durchschauten Mentalreservation die Nichtigkeit der Erklärung an

---

35) § 68 Fn. 4.

36) § 116, 4 b.

37) S. 555 zu u. in Fn. 9 b., S. 557 Fn. 17 u. dazu Henle, Lehrbuch S. 68 Fn. 15 u. S. 226 Fn. 6.

38) Vgl. die Nachweisungen oben S. 4 u. 5.

39) Vgl. hierzu die Prot. S. 199 ff.

40) Jacobi, S. 11 ff.; Henle, Lehrbuch S. 225; Brodmann S. 59 u. 56 f.

41) Zur Begründung vgl. Jacobi, 1. Teil, S. 3 ff.

42) Vgl. oben Fn. 35—37.

(§ 116 S. 2). In Anbetracht dessen liegt folgende Ueberlegung nahe: Im Falle der durchschauten Mentalreservation kann die Nichtigkeit der Erklärung nur darauf beruhen, daß der Erklärung als We. gesehen ein Fehler anhaftet; infolgedessen ist jedenfalls bei der durchschauten Mentalreservation die Erklärung keine wirkliche, sondern nur eine scheinbare We., ein Scheingeschäft; also ist für das Scheingeschäft nach geltendem bürgerlichem Recht die Kundgabe des Erklärenden an den Gegner, die Erklärung nur zum Schein abgeben zu wollen, nicht erforderlich. Diese Ueberlegung ist jedoch unrichtig. Die Nichtigkeit einer empfangsbedürftigen We. braucht nicht notwendig darauf zu beruhen, daß die We. selbst fehlerhaft ist. Die Anordnung der Nichtigkeit einer an sich fehlerfreien We. kann auch deshalb erfolgen, weil keiner der Beteiligten an der Gültigkeit der Erklärung ein durch die Erklärung begründetes Interesse hat. Das aber ist bei der durchschauten Mentalreservation der Fall. Denn der Erklärungsgegner hat an der Wirksamkeit der Erklärung deshalb kein solches Interesse, weil er der Erklärung nicht vertraut hat; und ein Interesse des Erklärenden fehlt, weil er die Rechtsveränderung nicht will. Es wäre sinnlos, eine solche We. für rechtswirksam zu erklären. Deshalb sagt Jacobi[43]) mit Recht: "Man ist zwar regelmäßig gebunden, wenn man im Gegner eine Vorstellung der Rechtsveränderungsabsicht hat hervorrufen wollen, selbst wenn man diese Absicht nicht gehabt hat. Denn man hat dem Gegner in bewußter — oder scheinbar bewußter — Absicht Grundlage zum Vertrauen gegeben. Fällt der Grund, so fällt auch die Regel. Hat der Gegner nicht dem Worte geglaubt und hat man in der Tat die Rechtsveränderungsabsicht nicht gehabt, so tritt die Rechtsänderung auch nicht ein".

Henle[44]) meint freilich, die Anordnung des § 116 S. 2 sei unzweckmäßig, sie sei eine Ausnahme von § 116 S. 1, eine „Ausnahme ohne stichhaltigen Grund". „In den Fällen", ruft Henle aus, „wo der Erklärungsempfänger den bösen Scherz durchschaut und das Gebaren des Erklärenden belustigt oder auch entrüstet sich vollenden läßt, soll der Erklärende dem wohlverdienten Schicksal, beim Worte genommen zu werden, entrinnen. Man kann das bedauern, muß sich aber natürlich bei der gesetzlichen Regelung bescheiden". Dazu ist zu sagen: Eine Ausnahme von der Regel des § 116 S. 1 enthält freilich § 116 S. 2. Denn trotzdem die Erklärung in beiden Fällen Mentalreservation und als solche, wie dargelegt, eine wirkliche, fehlerfreie We. ist, ist sie im ersten Falle rechtswirksam, im zweiten aber ausnahmsweise nicht. Im übrigen ist jedoch die Ansicht Henles unrichtig. Sie setzt voraus, daß der Erklärungsgegner bei der durchschauten Mentalreservation stets ein Interesse daran hat, den Erklärenden beim Worte zu nehmen. Ein solches Interesse hat aber der Erklärungsgegner vielfach nicht. Die Erklärung, beispielsweise die Kündigung eines Mietverhältnisses, kann ihm höchst ungelegen kommen. Weshalb soll er in einem derartigen Fall mit unter dem „wohlverdienten Schicksal" des Erklärenden leiden? Aber selbst wenn der Erklärungsgegner aus irgendeinem Grunde ein Interesse an dem Eintritt der erklärten Rechtsveränderung hat, kann die We. als solche nicht wirken. Denn da der Erklärungsgegner der Erklärung nicht vertraut, steht dieses Interesse mit der Abgabe der Erklärung in keinem ursächlichen Zusammenhang.

Nach alledem kann § 117 Abs. 1 auf den von Biermann, Planck und von Tuhr gedachten Fall nicht angewandt werden.

Die letzten Erörterungen haben uns bereits in das Gebiet der oben[45]) in Aussicht genommenen Frage nach der etwaigen analogen Anwendung des § 117 Abs. 1 auf nicht durch den Wortlaut gedeckte Fälle empfangsbedürftiger Willenserklärungen, die nur zum Schein abgegeben werden, und dem dabei vorausgesetzten scheingeschäftlichen Gesamtverhalten des Erklärenden geführt. In dieser Hinsicht geben nun allerdings die vorstehend bekämpften Versuche einer ausdehnenden Auslegung des im Gesetz erwähnten Einverständnisses des Erklärungsgegners mit der nur zum Schein erfolgenden Abgabe einer We. zu der Frage Veranlassung, ob nicht das Gesetz in diesem Punkte zu eng gefaßt und ob nicht der Erklärende eine We. auch ohne das Einverständnis des Gegners nur zum Schein abgeben kann. Es ist dabei etwa an folgenden Fall gedacht: Ich sage zu meinem Mieter: „Wenn

[43]) S. 25/26.
[44]) Lehrbuch S. 226.
[45]) S. 3.

ich Ihnen morgen in Gegenwart Ihrer Angehörigen erkläre: „Ich kündige Ihnen", so soll das nur ein leeres Wort sein, um Ihre Angehörigen zu erschrecken". Der Mieter widerspricht. Ich lasse mich jedoch von meinem Plan nicht abbringen und gebe ihm am nächsten Tage die geplante Erklärung ab. Dabei merke ich, daß er mit meinem Verhalten nicht einverstanden ist, aber nicht zu widersprechen wagt. Die We. ist hier also *nicht* mit Einverständnis des Erklärungsgegners nur zum Schein abgegeben. Findet § 117 Abs. 1 trotzdem Anwendung? — Die Frage ist zu bejahen. Auf das *Einverständnis* des Erklärungsgegners kommt es nicht an. Entscheidend ist sein Verständnis. Das ergibt sich aus dem Grunde, aus dem die wirkliche empfangsbedürftige We. rechtswirksam ist. Sie wirkt, weil der Erklärende mit ihr dem Erklärungsgegner eine Handlung zugänglich gemacht hat, mit der er beabsichtigte oder zu beabsichtigen schien, im Gegner die Vorstellung und das Vertrauen zu erwecken, daß er eine Rechtsveränderung wolle[46]). Für den Erklärungsgegner ist also bei der empfangsbedürftigen We. das Verstehen, richtiger: das Verstehenmüssen der Erklärung entscheidend. Bei der nur zum Schein abgegebenen empfangsbedürftigen We. gilt entsprechendes: Der Erklärungsgegner muß den Schein *verstehen* können, sonst ist die Erklärung wirksam. Daß er darüber hinaus auch damit *einverstanden* sei, mag vielleicht im Einzelfall zweckmäßig sein, notwendig ist es nicht. Mit Recht lehrt deshalb Henle[47]): „Das Gesetz spricht vom „Einverständnis" des Gegners. Auch einseitige Festsetzung wird genügen müssen".

Was das scheingeschäftliche Gesamtverhalten des Erklärenden in diesem Falle angeht, so gibt, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, auch hier der Erklärende vor der Abgabe der Scheinerklärung dem Gegner seine Absicht kund, die Erklärung nur zum Schein abgeben zu wollen.

Wenden wir uns nunmehr vom Gesetz ab und fragen, worin beim Scheingeschäft das Gesamtverhalten des Erklärenden *der Lebenserfahrung nach* besteht, so ergibt sich folgendes: Angenommen der Roßhändler, der auf öffentlichem Markte einen fremden Käufer im Preise steigern will, „handele" in dessen Gegenwart mit einem guten Freunde oder anderen Dunkelmann nur zum Schein. Die beiden steigern den Fremden, bis er nicht mehr mitkann und ein höheres Gebot als das letzte des Scheinkäufers nicht mehr abgibt. Wohl oder übel muß der Händler dann, um den Schein zu wahren, dem Scheinkäufer das Tier zuschlagen. Ist ihm dieser als Käufer nicht genehm, so wird er sich hüten, das zu tun, ohne ihm zuvor reinen Wein eingeschenkt zu haben. Auch wird der Scheinkäufer nicht bieten, ohne dem Händler vorher seine Absicht, nur zum Schein zu bieten, kundgegeben zu haben, und sei es auch nur durch ein Augenzwinkern. So bei den Scheingeschäften des täglichen Lebens. Um wieviel eher muß das bei nicht so alltäglichen Scheingeschäften gelten, beispielsweise wenn, wie es mehrfach vorgekommen ist, ein Bankdirektor seinem Kunden auf dessen Verlangen ohne jedes Interesse der Bank einen eingeräumten Kredit „kündigt", damit der Kunde einem an seinem Unternehmen interessierten Dritten das Kündigungsschreiben zeige und dieser ihm so endlich einen schon längst in Aussicht gestellten Zusatzkredit gewähre. Stets ist neben der Abgabe der Scheinerklärung jene Kundgabehandlung des Erklärenden gegenüber dem Gegner festzustellen. Sie liegt wegen der dem Laien stets bewußten Unbeachtlichkeit des geheimen Vorbehalts, der Gefahr des § 116 S. 1, auch erfahrungsgemäß im Wesen der Sache.

Diese Ueberlegung enthält gleichzeitig den Kern der Antwort auf die Frage, welches Gesamtverhalten des Erklärenden die Schwe. *nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen* voraussetzt: Der Erklärende nimmt eine Handlung vor, die an sich empfangsbedürftige We. sein könnte, es aber nach dem Willen des Erklärenden nicht sein soll. Da der Erklärende diese Handlung wirklich und nicht nur scheinbar vornimmt[48]), kann er seinen Willen nicht anders erreichen als dadurch, daß er den Zweck, der jeder empfangsbedürftigen We. innewohnt, vereitelt und den Eintritt des Grundes verhindert, aus dem die empfangsbedürftige We. wirkt. Da nun ferner der Zweck der empfangsbedürftigen We. darin besteht, in dem Erklärungsgegner die Vorstellung und das Vertrauen zu erwecken, daß

[46]) Jacobi S. 3 ff., 24, 73.
[47]) Lehrbuch S. 68.
[48]) Vgl. oben S. 3.

der Erklärende eine Rechtsveränderung wolle, und ferner der Grund ihrer Rechtswirksamkeit der ist, daß der Erklärende mit ihr dem Gegner eine Vorstellungs- und Vertrauensgrundlage gegeben hat[49]), so kann der Erklärende den Eintritt dieses Zweckes und Grundes nur dadurch vereiteln, daß er dem Gegner seine Absicht, nur zum Schein handeln zu wollen, vor oder bei der Abgabe der Erklärung irgendwie kundgibt. Also liegt diese Kundgabehandlung auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Wesen der Sache.

Es ist demnach festzustellen: im Falle des Scheingeschäfts nach geltendem bürgerlichem Recht besteht das dem Erklärungsgegner zugänglich gemachte Gesamtverhalten des Erklärenden in der Kundgabe an den Gegner, eine bestimmte We. nur zum Schein abgeben zu wollen, und der Vornahme einer Handlung, die, an sich betrachtet, diese bestimmte We. sein könnte.

Ist das nun ein Gesamtverhalten, das den Gegner veranlassen mußte, auf den in der Scheinerklärung zum Ausdruck gebrachten, bestimmten Rechtsveränderungswillen des Erklärenden zu schließen? Offensichtlich nein. Ist ferner jene Handlung, die in ihrer Vereinzelung betrachtet, We. sein könnte, ein solches Gesamtverhalten? Offensichtlich ebenfalls nein. Für den Gegner ist sie nur ein Teil des Gesamtverhaltens, das der Erklärende ihm zugänglich macht. Als Teilverhalten erhält sie ferner von dem Gesamtverhalten her ihren Sinn. Läßt das Gesamtverhalten auf einen bestimmten Rechtsveränderungswillen des Erklärenden nicht schließen, so läßt auch das Teilverhalten diesen Schluß nicht zu. Ist jenes rechtsgeschäftlich sinnlos, so auch dieses.

Infolgedessen ist die nach außen als We. erscheinende Erklärungshandlung des Erklärenden für den Gegner rechtsgeschäftlich sinnloses Teilverhalten. Sie ist kein Gesamtverhalten, das den Gegner veranlassen muß, auf den in der Scheinerklärung zum Ausdruck gebrachten bestimmten Rechtsveränderungswillen des Erklärenden zu schließen. Zur empfangsbedürftigen We. fehlt ihr das wesentliche Merkmal der E r k l ä r u n g.

2. Bekämpfung der herrschenden Meinung. — Das Fehlen des Willens.

Mit der Ansicht, es fehle dem Scheingeschäft nach geltendem bürgerlichem Recht die We., weil die E r k l ä r u n g fehle, bringe ich zwar in den Einzelheiten der Begründung, im Ergebnis aber durchaus nichts Neues. Sie wird auch von anderen so oder so ähnlich vertreten[50]). Die bei weitem herrschende Meinung[51]) steht aber auf dem Standpunkt, der im Scheingeschäft enthaltenen We. fehle der ihr entsprechende — nicht von allen gleich gekennzeichnete! — W i l l e, der erklärte Wille decke sich nicht mit dem unausgesprochenen wirklichen Willen, es liege deshalb kein Erklärungs- sondern ein Willensmangel vor.

Entwicklungsgeschichtlich ist diese Lehre begreiflich. Denn im Anschluß an das Justinianische Recht nahmen die Glossatoren und Postglossatoren und nach ihnen die gesamte Wissenschaft und Rechtsprechung des älteren und weit überwiegend auch des jüngeren gemeinen Rechtes an, dem Scheingeschäft[52]) fehle der ihm an sich entsprechende Wille[53]). Dabei hat man aber den Tatbestand dieses Geschäfts wohl kaum so klar umrissen, wie das im § 117 Abs. 1 BGB. geschieht[54]). Vor allem hat man den Willen zu viel und die Erklärung zu wenig

[49]) Vgl. Jacobi S. 3 ff., 24, 73.

[50]) Vgl. unten S. 20.

[51]) Vgl. das ganze Literaturverzeichnis, mit Ausnahme der unten S. 20 Genannten, und jede Entscheidung der Gerichte, die das Scheingeschäft behandelt.

[52]) Damals Simulation im engeren Sinne genannt, vgl. Sonntag, S. 2 u. 15; Vogel S. 26.

[53]) Vgl. hierzu Fuchs, Scheinhändel S. 207 f., Steuerumgehung S. 10, 22; und die Lit. in der folgenden Fn.

[54]) Vgl. beispielsweise Windscheid-Kipp, § 75, insbes. zu und in Fn. 2 und 2a (S. 380); Regelsberger, § 141 III (S. 516 f.).

ins Auge gefaßt. Denn hätte man einmal begonnene Gedanken zu Ende gedacht, so hätte das Fehlen der Erklärung auffallen müssen, wenn man z. B. sagte: „Simulation . . . ist überhaupt dann vorhanden, wenn eine oder beide Parteien zum Schein etwas anderes vorgeben, als sie wirklich verhandeln. . .[55])", oder wenn Savigny[56]) lehrte, daß bei der Simulation „der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen ist, sondern von denen, welche mit ihm in unmittelbare Berührung kommen, erkannt werden kann", oder wenn Regelsberger[57]) meinte: „Das einseitige Rechtsgeschäft wird zum simulierten, wenn der Erklärende den Mangel der rechtlichen Absicht demjenigen zu erkennen gibt, auf dessen Rechtsverhältnisse das ernstgemeinte Geschäft einwirken würde und allen Anderen gegenüber verheimlicht". Oder sollte tatsächlich Goldstaub[58]) — in anderem Zusammenhang — richtig mitteilen, daß jene Schriftsteller den Inhalt der Erklärung lediglich in dem zur Kenntnis D r i t t e r gebrachten T e i l der Gesamtverabredung der Parteien erblicken? Dann lassen sich jene Schriftsteller also wie unwissende Dritte durch den Schein einer Erklärung täuschen, trotzdem sie ihn kennen! Da halte ich denn doch die von Partsch[59]) aufgedeckte Praxis des klassischen römischen Rechts für richtiger, die den Satz von der auf dem Fehlen des Willens beruhenden Nichtigkeit des Scheingeschäfts überhaupt nicht kannte, sondern im Bedarfsfalle den Schein eines bestimmten Rechtsgeschäfts dadurch entlarvte, daß sie im Wege der Auslegung seinen wirklichen Inhalt, seinen eigentlichen Sinn feststellte und es diesem Sinn entsprechend behandelte. — Wie dem auch sei, so wenig das klassische römische Recht für den Begriff des Scheingeschäfts nach dem heutigen deutschen bürgerlichen Recht maßgebend ist, so wenig kann es das gemeine Recht sein. Die hervorgehobenen Umstände sind Grund genug, es in dieser Hinsicht, trotz der gegenteiligen Empfehlung Fuchs'[60]), unbeachtet zu lassen. Außerdem steht es aber auch der Rechtswissenschaft frei, aus dem inzwischen schärfer durchdachten Begriff und Wesen der We. auch für die nur zum Schein abgegebene We., das Scheingeschäft, neue Erkenntnisse zu schöpfen.

Ich habe dies in dem ersten Abschnitt der Arbeit versucht[61]). Grundlegend war hierbei die Ueberlegung, daß der nur zum Schein abgegebenen We. ein wesentliches Merkmal der We. fehlen müsse. Das führte zu der Frage, welche Merkmale denn der We. begrifflich wesentlich sind. Wir sahen zwei solcher Merkmale: die Erklärung und — möglicherweise — den hinter ihr stehenden, ihr entsprechenden Willen des Erklärenden. Die Erwähnung dieses Willens rührte an den Theorienstreit über den Begriff der We. Wir gingen jedoch zunächst auf diesen Streit nicht ein, weil der Wille ohne eine Erklärung nicht wirken kann, und fragten demgemäß zunächst nur, ob der nur zum Schein abgegebenen We. die Erklärung fehle. Ausgehend von der neueren Erkenntnis über den Begriff und das Wesen der Erklärung[62]) stellten wir sodann fest, daß der nur zum Schein abgegebenen We. tatsächlich die Erklärung fehlt. Die Frage danach, ob der We. auch der Wille des Erklärenden begrifflich wesentlich ist, und ob e r der nur zum Schein abgegebenen We. fehlt, erledigte sich damit ohne weiteres.

Auch die herrschende Meinung geht bei der Begriffsbestimmung des Scheingeschäfts grundlegend von der Ueberlegung aus, daß der nur zum Schein abgegebenen We. ein wesentliches Merkmal der We. fehlen müsse. Bei der weiteren Untersuchung darüber, welches wesentliche Merkmal dieses ist, übergeht sie jedoch die Frage nach der Erklärung und stellt sie — in der Regel ohne weiteres — das Fehlen des Willens fest. Sie tut dies, trotzdem auch ihr der Begriff der Erklärung, des äußeren Tatbestandes der We., nicht unbekannt ist und trotzdem auch sie die Erklärung für ein wesentliches Merkmal der We. hält, ohne das der

---

55) Zitat aus Fuchs, Steuerumgehung S. 23.
56) System III, § 134 am Ende (S. 261).
57) § 141 III (S. 517).
58) S. 17 Fn. 22.
59) ZSavSt., Rom. Abtlg., Bd. 42 S. 227 ff. (240) und Nachlaßschriften S. 124 f.
60) Steuerumgehung S. 9 u. 89 ff.
61) Vgl. oben S. 2 ff.
62) Vgl. oben S. 2 f.

Wille nie wirkt. Weil sie nun aber selbst der Erklärung diese Bedeutung beimißt, ist ihre Begriffsbestimmung des Scheingeschäfts unrichtig. Das sei im folgenden näher erläutert.

Nach Enneccerus[63]) kennzeichnen zwei Merkmale den äußeren Tatbestand der empfangsbedürftigen We.: die Erklärungshandlung und der rechtsgeschäftliche Sinn, den diese Handlung auf Grund der sie begleitenden Umstände für den Erklärungsgegner hat oder doch haben muß. Ist also die Erklärungshandlung wegen eines sich auf sie beziehenden Umstandes für den Erklärungsgegner rechtsgeschäftlich sinnlos, so ist der äußere Tatbestand der ihr entsprechenden empfangsbedürftigen We. nicht erfüllt und liegt aus diesem Grunde eine We. nicht vor: es fehlt ihr die Erklärung.

So ist es beim Scheingeschäft. Rechnet man hier zu dem Gesamtverhalten des Erklärenden auch die Kundgabe an den Gegner hinzu, die We. nur zum Schein abgeben zu wollen, so ist das nach der Kennzeichnung, die Enneccerus dem äußeren Tatbestand der empfangsbedürftigen We. gibt, ohne weiteres klar. Aber selbst wenn man diese Kundgabe nicht für erforderlich hält, sondern, wie Enneccerus im Anschluß an Eltzbacher anscheinend will[64]), die bloße Gleichzeitigkeit der Erklärungshandlung mit der rein seelischen Lage des Erklärungsgegners, die wir „einverstanden sein" mit dieser Handlung nennen, genügen läßt, ist das Ergebnis kein anderes. Auch in diesem Sinne einverstanden kann der Erklärungsgegner mit der nur zum Schein erfolgenden Abgabe der We. nur sein, wenn er weiß, daß die Abgabe nur zum Schein erfolgt. Dieses Wissen muß ihm notwendig ein Umstand vermittelt haben, der zu der Erklärungshandlung in entsprechender Beziehung steht. Die Kenntnis dieses Umstandes bewirkt natürlich gleichzeitig, daß der Gegner aus der ihm gegenüber vorgenommenen Erklärungshandlung auf den ihr an sich entsprechenden rechtsgeschäftlichen Sinn nicht schließen kann. Auch in diesem Falle ist also die angebliche We. für den Gegner rechtsgeschäftlich sinnlos. Sie ist keine We., weil ihr die Erklärung fehlt.

Die Frage nach dem wirklichen Willen des Erklärenden taucht hiernach überhaupt nicht auf. Trotzdem gehört nach Enneccerus die „simulierte oder Scheinerklärung" zu den „Willenserklärungen, die in dem Bewußtsein abgegeben sind, daß ein entsprechender Wille fehlt" und stellt er sie unter den Abschnitt „Fehlen des Willens und Willensmangel. Bewußtes Fehlen des Willens".

Der Grund dieses Widerspruchs liegt darin, daß Enneccerus bei der Betrachtung des Scheingeschäfts die Folgerung aus seiner eigenen Lehre, wonach sich der rechtsgeschäftliche Sinn einer Erklärungshandlung und damit auch ihre Kennzeichnung als rechtsgeschäftliche We. aus dem Gesamtverhalten des Erklärenden gegenüber dem Gegner ergibt, nicht zieht. Er bleibt bei dem Sinn der einzelnen nur zum Schein abgegebenen Erklärung, wie er sich aus dieser selbst ergibt, stehen und verschließt sich dadurch der Möglichkeit, ihren richtigen Sinn aus dem Gesamtverhalten, das der Erklärende dem Gegner zugänglich macht, zu ermitteln. Und doch ist nur dieser Sinn für die empfangsbedürftige We. erheblich. Nehmen wir beispielsweise an, A und B hätten miteinander vereinbart, daß sie X, Y und Z über ein Vertragsverhältnis zwischen sich im Unklaren lassen wollen. A soll deshalb dem B vor X, Y und Z ein Angebot machen. Die bejahende Antwort des B soll Ablehnung, die verneinende aber Annahme bedeuten. A macht später das Angebot. B hat jedoch im Augenblick die Abrede vergessen. Er sagt: „Ja" und will auch die Annahme. Was hat er erklärt? „Nein"; denn anders konnte auf Grund der vorherigen Abrede B seine Erklärung nicht verstehen. Das Gesamtverhalten des Erklärenden ist also entscheidend. Auch kann nur unter Berücksichtigung seines Gesamtverhaltens der Erklärende von seiner mißverständlichen Erklärung wieder loskommen: er ficht das nach seinem Gesamtverhalten als Ablehnung aufzufassende „Ja" wegen Irrtums an, weil er eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte. Würde man dagegen hier, wie Enneccerus es in dem ähnlichen Falle des Scheingeschäfts tut, bei der Frage, ob der Wille des Erklärenden und der Inhalt des Erklärten von einander abweichen, nur die einzelne Erklärungshandlung, das „Ja" des B, ins Auge fassen und nur den Sinn berück-

---

[63]) Enneccerus-Nipp. § 136 II A zu Anfang in Verbindung mit Fn. 10 daselbst und §§ 192, 193.

[64]) Vgl. oben S. 5.

sichtigen, den es aus sich selbst hat, so würden Wille und Erklärungsinhalt übereinstimmen, denn B hat „Ja" gewollt und „Ja" gesagt. Er wäre also an die Erklärung gebunden, trotzdem sie dem A gegenüber als „Nein" gilt und B sie tatsächlich nicht als „Nein" gewollt hat. Es ist klar, daß ein solches Ergebnis falsch ist. Da nun ferner die Rechtssicherheit es nicht verträgt, daß das eine Mal der Sinn einer Erklärung als We. aus dem Gesamtverhalten des Erklärenden und das andere Mal aus der einzelnen Erklärungshandlung in ihrer Vereinzelung geschlossen wird, so kann es auch beim Scheingeschäft nicht richtig sein, nur die einzelne Erklärungshandlung, als Erklärung, als äußeren Tatbestand einer We., hinzunehmen. Vielmehr ist auch hier das Gesamtverhalten des Erklärenden maßgeblich. Da dies aber rechtsgeschäftlich sinnlos ist, so kann es nicht als äußerer Tatbestand einer We. und damit auch nicht als We. gewertet werden. Infolgedessen ist es unrichtig, trotzdem noch nach dem ihm entsprechenden Willen des Erklärenden zu fragen.

Außerdem: Nach Enneccerus[65]) ist der einer empfangsbedürftigen We. entsprechende Wille des Erklärenden auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet, d. h. auf Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses. Er nennt einen Willen dieses Inhalts Geschäftswillen. Ferner versteht Enneccerus anderwärts[67]) unter „Willen" eine nicht weiter beschreibbare oder ableitbare Grunderscheinung des geistigen Lebens, eine seelische Lage, die mit der Fassung eines Entschlusses eintritt und an sich, ohne sich sofort in entsprechenden Körperbewegungen zu äußern, sein kann. Es kann also nach Enneccerus jemand einen Geschäftswillen haben, ohne ihn sofort nach der Entschlußfassung zu betätigen. Ich kann hiernach heute den festen Entschluß fassen, das Mietverhältnis mit meinem Mieter aufzuheben. Dann will ich heute schon die Aufhebung des Mietvertrages. Die Ausführungshandlungen dieses Willens, die Kündigung, nehme ich auf nächste Woche, den letzten Tag der Kündigungsfrist in Aussicht. Nun tritt morgen schon der Fall ein, daß ich einem Dritten gegenüber den Schein einer Kündigung erregen muß, während ich dem Mieter gegenüber die Kündigung morgen noch nicht aussprechen möchte. Ich ziehe deshalb den Mieter ins Vertrauen und erkläre die Kündigung morgen nur zum Schein. Nach Enneccerus' Ansicht über das Scheingeschäft fehlt mir der Geschäftswille, trotzdem ich ihn habe, wohl gemerkt, morgen schon habe, nicht erst nächste Woche. Das Ergebnis ist natürlich befremdend. Der Fehler liegt in dem unrichtigen Ausgangspunkt: Der einer empfangsbedürftigen We. entsprechende Wille des Erklärenden ist nicht auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung sondern, wie ich mit Jacobi[67]) annehme, darauf gerichtet, daß der Erklärende in dem Gegner die Vorstellung und das Vertrauen darauf erweckt, der Erklärende wolle den Rechtserfolg. Bei dieser Auffassung versagt das Beispiel von der Scheinkündigung. Denn dann kommt es bei der Erklärung „morgen" nicht darauf an, ob ich will, daß das Mietverhältnis aufgehoben werden solle, sondern darauf, ob ich in meinem Mieter „morgen" die Vorstellung und das Vertrauen erwecken will, das Mietverhältnis solle aufhören. Diese Vorstellung und dieses Vertrauen will ich natürlich nicht erwecken. Trotzdem ist es auch bei dieser Auffassung falsch zu sagen, die simulierte oder Scheinerklärung sei eine We., die in dem Bewußtsein abgegeben werde, daß ein entsprechender Wille fehle. Denn wie oben dargelegt ist, ist die Schwe. k e i n e We. Einer tatsächlich vorhandenen We. aber kann kein Wille fehlen.

Will man trotzdem bei der Schwe. die rechtsgeschäftliche Willenslage des Erklärenden zu der Scheinerklärung in eine Beziehung bringen, so kann man das nur durch die Gegenüberstellung dieses Willens mit dem g e s a m t e n Verhalten, das der Erklärende dem Gegner zugänglich macht. Wie nach den vorstehenden Ausführungen keiner weiteren Erörterung bedarf, kann das Ergebnis dieser Gegenüberstellung nur sein: der Erklärende will rechtsgeschäftlich nichts und erklärt rechtsgeschäftlich nichts. Beides steht also in bestem Einklang miteinander.

Mit der herrschenden Meinung vertritt auch M a n i g k die Ansicht, beim Scheingeschäft des § 117 Abs. 1 sei entscheidend, daß der Geschäftswille fehle[68]).

---

[65]) Enneccerus-Nipp. § 136 II A 1.
[66]) Rechtsgeschäft usw. S. 5 ff.
[67]) S. 3 ff., 24, 73.
[68]) So in We. u. Wg. durchweg, insbes. S. 53, 166 f.

Trotzdem meint auch er, für den zum äußeren Mindesttatbestand jeder empfangsbedürftigen We. gehörenden rechtsgeschäftlichen Sinn einer Erklärungshandlung, die gegenüber einem anderen vorgenommen werde, entscheide das Gesamtverhalten des Erklärenden nebst allen Umständen, aus denen der Erklärungsgegner auf den Geschäftswillen des Erklärenden schließen müsse[69]). Seine Ausführungen gleichen insoweit denen Enneccerus'. Es gilt gegen sie somit dasselbe, das bereits gegen Enneccerus vorgetragen wurde.

Manigk geht aber noch weiter. Er wendet seine Ansicht von der entscheidenden Bedeutung des Gesamtverhaltens des Erklärenden für die Frage, ob der äußere Tatbestand einer We. gegeben ist, auf diejenigen Willenserklärungen an, die im Lehrvortrag als Beispiel und im Schauspiel oder bei ähnlichen Gelegenheiten zur Nachahmung der Wirklichkeit abgegeben werden. Es sind dies die eingebürgerten Schulbeispiele zu § 118 BGB. In Bezug auf sie hebt Manigk ausdrücklich und wiederholt hervor: „Aeußert sich der Erklärende so, daß der Gegner den Mangel der Ernstlichkeit erkannte oder erkennen mußte und sollte, so kann von der E r k l ä r u n g[70]) eines ernstlichen Willens überhaupt nicht die Rede sein, denn in solchen Fällen ist eben infolge der neben der Aeußerung sprechenden Umstände, nämlich des geflissentlichen Verhaltens des Handelnden, gerade der Nicht-Wille erklärt; denn erklärt ist allemal das, was der Gegner aus dem Gesamtverhalten schließen sollte und mußte."[71]). Warum zieht Manigk für das Scheingeschäft, auf das doch das Zitat unter Zugrundelegung seines Begriffs der Erklärung ohne jede Abänderung paßt, nicht den gleichen Schluß? Soweit ich sehe, sind es zwei Vorurteile, die ihn daran hindern.

Zunächst glaubt Manigk, die nur zum Schein abgegebene We. habe notwendigerweise Kundgebungszweck[72]), der Erklärende gebe sie ab, „um nach seinem Willen durch ihren konkreten Inhalt die Vorstellungen und das Vertrauen des Gegners zu beeinflussen"[73]). Das ist jedoch unrichtig. Eine We., die nur zum Schein abgegeben wird, soll nach dem Willen des Erklärenden, eben weil er sie nur zum Schein abgibt, die Vorstellung und das Vertrauen des Gegners gerade nicht beeinflussen. Sie soll dem Gegner gerade nichts kundgeben. Dritten gegenüber tut der Erklärende nur so, als ob die Erklärung dem Gegner etwas kundgeben solle. Das Dritten verborgene, dem Gegner jedoch zugänglich gemachte Gesamtverhalten aber straft dieses Scheinhandeln Lügen. Manigk verkennt das[74]).

Sodann sieht sich Manigk an der folgerichtigen Anwendung seines Begriffs der Erklärung auf das Scheingeschäft anscheinend deshalb gehindert, weil im Falle dieser Anwendung die Nichtigkeit dieses Geschäfts schon nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen aus dem Gesamttatbestand folgt, die von § 117 Abs. 1 festgestellte Nichtigkeit infolgedessen selbstverständlich ist[75]) und deshalb dieser Paragraph überflüssig zu sein scheint, eine Tatsache, auf die schon Danz[76]) und Bading[77]) hingewiesen haben. Jedoch fürchtet Manigk diese Schlußfolgerung zu Unrecht. Läge in unserem Paragraphen ein Willensmangel vor und wäre die Lehre von der grundsätzlichen Erheblichkeit des inneren Willens für die Geltung der We. richtig, so wäre er ebenso überflüssig. Tatsächlich hat man § 117 Abs. 1 ja auch nur Gesetz werden lassen, um den Fall des Scheingeschäfts aus denen des § 116 Satz 2 herauszuheben und damit gleichzeitig dem § 117 Abs. 2 die zu seinem

---

[69]) We. u. Wg. S. 160, 163, 471, J. u. A. S. 248, 267 f.

[70]) Von M. selbst gesperrt!

[71]) We. u. Wg. S. 471; vor allem auch S. 473 — 476, ZHR. 77 S. 539 ff., J. u. A. S. 83 Fn. 1; zustd. von Tuhr, S. 566 f. zu u. in Fn. 70 der aber für das Scheingeschäft diese allein richtige Ansicht ebensowenig wie Manigk und Enneccerus vertritt, sondern wie diese beim hergebrachten „Willensmangel" verharrt.

[72]) We. u. Wg. S. 180, vgl. auch S. 53, 133 und J. u. A., beispielsweise S. 244.

[73]) We. u. Wg. S. 169 f.

[74]) Auch Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 142 f., erfaßt das in seiner Polemik gegen Manigk nicht scharf genug.

[75]) J. u. A. S. 87.

[76]) S. 16, 19.

[77]) S. 774.

Verständnis erforderliche Einleitung zu geben[78]). Irgendetwas Besonderes sollte er nicht festlegen. Außerdem sind aber auch Einzelbestimmungen nur dann überflüssig, wenn die allgemeine Bestimmung als solche ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden hat. Ist dieser unterblieben, so müssen Einzelbestimmungen gegeben und daraus die allgemeinen Regeln von der Wissenschaft abgeleitet werden. Eine allgemeine gesetzliche Regel darüber, daß sich die Erklärung, der äußere Tatbestand der We., aus dem Gesamtverhalten des Erklärenden ergibt, also eine Regel über den Begriff der Willenserklärung fehlt aber. Auch deshalb ist § 117 Abs. 1 BGB. nicht überflüssig. Manigk glaubt jedoch, jener Schlußfolgerung auf andere Weise ausweichen zu müssen. Er tut es mit folgender Ueberlegung[79]):

„Die Meinung, daß die §§ 117 f. durch die §§ 133, 157 überflüssig würden, ist als eine Uebertreibung, die sogar zu Unrichtigkeiten führt, abzulehnen. Das, was die §§ 117 f. normieren, läßt sich nicht einfach gedanklich aus den §§ 133, 157 ableiten. Im § 117 zumal ergibt die Auslegung jenes „Gesamttatbestandes" durchaus nicht schon das, was der § 117 anordnet. Denn, auch wenn der Gesamttatbestand und die Fragestellung darauf ausgedehnt wird, was die Simulanten im Gegensatz zu ihrer Erklärung intern wirklich gewollt haben, so ergibt sich daraus nicht die volle Nichtigkeit des Erklärten. Die Parteien wollen unbestreitbar, daß das betreffende Geschäft Dritten gegenüber gelte, z. B. im Konkurse dingliche Wirkungen oder sonstige Folgen auslöse. Sie wollen, indem sie auf die Anerkennung der We. in gewisser Richtung entscheidenden Wert legen — denn wozu sollten sie sonst das Geschäft vornehmen? — dessen relative Wirksamkeit, und die Nichtigkeit nur inter partes. Darüber sind sie sich einig, und dies vermag durch Auslegung des Gesamttatbestandes auch festgestellt zu werden. Die im § 117 normierte absolute Nichtigkeit deckt sich mit diesem Auslegungsresultat also zweifellos nicht".

An was für Scheingeschäfte denkt hier Manigk wohl? Für die mir bekannten gelten seine Ausführungen jedenfalls nicht. Erinnern wir uns der früheren Beispiele: der Roßhändler auf dem Markte, der mit einem guten Freunde oder eigens dazu erkorenen Dunkelmann in Gegenwart eines nichtsahnenden Interessenten aufs lebhafteste „handelt", um den Fremden zu steigern und schließlich, weil dieser nicht auf den Leim kriecht, dem Scheinkäufer das Tier in die Hand zuschlägt; der Bankdirektor, der seinem Kunden den Kredit „kündigt", damit dieser einem an seinem Unternehmen interessierten Dritten das Kündigungsschreiben zeige und ihn dadurch zur Hergabe eines Zusatzkredites bewege; sie wollen nach Manigk bei richtiger Auslegung des Gesamttatbestandes die relative Wirksamkeit ihrer Geschäfte und die Nichtigkeit nur inter partes? Wozu sie sonst wohl das Geschäft vornehmen wollen? Zum Schein! Die Wirkungen, die die Beteiligten mit dem Geschäft bezwecken, sind nicht Rechtswirkungen sondern tatsächliche Wirkungen. Die „Anerkennung in gewisser Richtung", auf die sie „entscheidenden Wert legen", ist die, daß die nichtsahnenden Dritten und wenn irgend möglich auch der Richter den Schein für Wirklichkeit nehmen und auf ihn hineinfallen, daß der nichtsahnende oder der sich im Beweisnotstand befindende Konkursverwalter das der Ehefrau des Gemeinschuldners „gehörende" Geschäftsinventar aussondert, obwohl die Eheleute den Uebereignungsvertrag in gegenseitigem Einverständnis nur zum Schein abgeschlossen haben. Die Ansicht Manigks erinnert lebhaft an die Lehre, die die sogenannten fiduziarischen Geschäfte rechtsdogmatisch als Geschäfte mit gewollter relativer Wirksamkeit nach außen und absoluter Nichtigkeit nach innen, inter partes, begründet. Diese Begründung dient aber dort gerade dazu, den in Bezug auf jene Geschäfte erhobenen Einwand des Scheingeschäfts zu widerlegen! Außerdem ist die juristische Möglichkeit derartig doppelgesichtlicher Geschäfte sehr bestritten und äußerst zweifelhaft. Deshalb lasse man lieber diese Art von Geschäften bei der Betrachtung des Tatbestandes „Scheingeschäft" ganz außer acht, begnüge sich mit dem einfachen reinen Scheingeschäft, wie es uns oben begegnet ist, und nehme bei ihm die Wirklichkeit so, wie sie ist: rechtsgeschäftlich, unter dem Gesichtspunkt der We. gesehen, wollen die Parteien nichts, und erklären sie nichts. Daß derartige Geschäfte als Willenserklärungen

[78]) Prot. S. 97.
[79]) J. u. A. S. 87 ff.

nichtig sind, ist selbstverständlich. Es wäre selbstverständlich auch ohne § 117 Abs. 1.

Aber unterstellen wir, die Auslegung Manigks sei richtig. Inwiefern fehlt dann der nur zum Schein abgegebenen We. der Wille? Inwiefern liegt dann hier, wie Manigk sagt, ein Fall von „Willensdivergenz" vor? Hören wir im Anschluß an das obige Zitat Manigk weiter:

„Der Gesetzgeber hat hier nicht das sanktioniert, was die Parteien in Wahrheit gewollt haben, sondern er verfolgt in der Richtung des letzteren und mit Rücksicht auf dieses, aber darüber hinaus, seinen eigenen rechtspolitischen Zweck und normiert im Interesse des Verkehrsschutzes die volle Nichtigkeit des Aktes. Deswegen bleibt auch der Fall des § 117 ein echter Divergenzfall und zeigt als solcher ebenso wie die anderen in jenem Titel geregelten Fälle die Erheblichkeit des von der Erklärung abweichenden Willens".

Anstatt also klar zu zeigen, inwiefern beim Scheingeschäft des § 117 Abs. 1 ein Divergenzfall vorliegt, und wo die Divergenz steckt, verweist Manigk mit dem in seiner Rückbeziehung kaum verständlichen „deswegen" auf die durch das Gesetz „in der Richtung des" und „mit Rücksicht auf" den wirklichen Parteiwillen bestimmte volle Nichtigkeit des Geschäfts. Diese Rücksichtnahme des Gesetzes auf den Parteiwillen, mit anderen Worten, die Erheblichkeit dieses Willens ist aber bei unserer Frage gerade das, was zu beweisen ist. Manigks Beweisführung dreht sich hier im Kreise. — Tatsächlich gehen Willen und Erklärung auch dann nicht auseinander, wenn man den Parteiwillen der Ansicht Manigks entsprechend kennzeichnet. Denn da der Erklärende die den Schein erregende Erklärungshandlung nicht vornimmt, ohne dem Erklärungsgegner zuvor oder gleichzeitig seine Absicht, nur zum Schein zu handeln, kundzugeben, muß der Gegner auch diesen Willen aus dem Gesamtverhalten des Erklärenden ihm gegenüber erschließen können und tatsächlich erschließen, muß auch dieser Wille dem Gegner — im weitesten Sinne verstanden: — erklärt sein. Natürlich ist Manigk — dessen Ansicht ich wegen ihrer Bedeutsamkeit und Eigenart auch hier nicht anders als wörtlich wiedergeben möchte — auf diesen Einwand gefaßt:

„Wer dabei etwa erklärungstheoretisch annehmen würde, daß der wahre innere Wille die Nichtigkeit der simulierten Erklärung hier nur deshalb erzeuge, weil dieser Wille — im Gegensatz zu den anderen Fällen — inter partes erklärt[80]) sei, würde den eigentlichen Grund der Nichtigkeit verkennen, der allein in dem übereinstimmenden inneren Wollen der Parteien zu erblicken ist. Einmal würde trotz sich deckender inter partes abgegebenen Erklärungen des Einverständnisses der Fall des § 117 nicht gegeben sein, wenn das Einverständnis in Wirklichkeit fehlte. Erklärten die Simulanten z. B. nach außen hin a und sagten sie inter partes b zu meinen und a nur zum Schein zu erklären, während der eine von ihnen, der über jene interne Erklärung, ihren Sinn mißverstehend, irrte, in Wahrheit doch a meinte, so würde § 117 nicht gegeben sein; denn das dort verlangte Einverständnis ist die innere Kongruenz des beiderseitigen Willens".

Jedoch vermögen auch diese Ausführungen von der Richtigkeit der Ansicht Manigks nicht zu überzeugen. Manigk stellt sich den Tatbestand des Scheingeschäfts hinsichtlich des Einverständnisses des Erklärungsgegners und seines Verhältnisses zur Handlung und zum Willen des Erklärenden nicht klar genug, auch unrichtig vor. Zunächst muß der Blick von dem übereinstimmenden Wollen, dem beiderseitigen Willen und den mehreren inter partes abgegebenen Erklärungen des Einverständnisses abgezogen werden. Das Gesetz redet nur von der We., die der Erklärende mit Einverständnis des Gegners nur zum Schein abgibt. Der einen Erklärung entspricht also nur ein Wille oder entspricht nur ein Wille nicht, nämlich der des Erklärenden. Sodann erfordert das Gesetz zu dieser Erklärung nur ein Einverständnis, nämlich das des Gegners. Auf dieses Einverständnis aber kommt es, wie oben[81]) nachgewiesen, nicht an. Die aus dem Einverständnis folgende „innere Kongruenz des beiderseitigen Willens" kann also auch der Grund der Nichtigkeit des Scheingeschäfts nicht sein. Manigk wirft infolgedessen dem von ihm als „erklärungstheoretisch" bezeichneten

[80]) Von Manigk gesperrt.
[81]) S. 8 f.

Einwand — daß der Erklärende beim Scheingeschäft dem Erklärungsgegner seinen wahren Willen, gleichgültig wie man diesen Willen auch kennzeichnen mag, erkläre — zu unrecht eine Verkennung des Grundes vor, aus dem das Scheingeschäft nichtig ist. Indem Manigk hier der Erklärung des wahren Willens keine Bedeutung beimißt, verkennt er vielmehr selbst den Grund der Nichtigkeit, der nur darin bestehen kann, daß infolge dieser Erklärung die Scheinerklärung für den Gegner rechtsgeschäftlich nicht schlüssig ist. Außerdem verschiebt Manigk mit dem Hinweis auf die aus dem Einverständnis folgende Kongruenz des beiderseitigen Willens das Problem von der Scheinerklärung und dem ihr entsprechenden Willen fort und auf die Erklärung des Einverständnisses und der ihr entsprechenden seelischen Lage des Einverstandenseins zu. Das Problem wird dadurch derart verwickelt, daß eine Lösung fast unmöglich ist[82]).

Verständlich wird die Stellungnahme Manigks erst, wenn man den letzten, sich an das vorige Zitat anschließenden Satz seiner Ausführungen zu unserer Frage liest: „Der eigentliche Grund der Nichtigkeit liegt in der Tat in dem von der Außenerklärung abweichenden inneren Willen, der im Falle des § 117 — hierin abweichend von den anderen Divergenzfällen — bei beiden Parteien übereinstimmend vorliegt". Indem Manigk hier die Außenerklärung beim Scheingeschäft der Innenerklärung der „anderen Divergenzfälle" (Mentalreservation, Nichternstlichkeit, Irrtum) gleichsetzt, nimmt er die nur zum Schein abgegebene Erklärung für Wirklichkeit, verwechselt er den nichtsahnenden Dritten mit dem Erklärungsgegner und übersieht er wie der Dritte, trotzdem er den Schein kennt, die Innenerklärung, von der die Außenerklärung nur ein für den Gegner sinnloser Teil ist. Ich meine, statt mit diesem Ergebnis und mit solcher Beweisführung für das Scheingeschäft nach geltendem bürgerlichem Recht das Prinzip des Willensmangels aufrecht zu erhalten, ist es besser, es endgültig fallen zu lassen und — wie in jenen abgesetzten Schulbeispielen des § 118 — die Dinge so zu sehen, wie sie sind, nicht aber wie sie nichtsahnenden Dritten zu sein scheinen.

In seinen mehreren Arbeiten zum Scheingeschäft geht auch Fuchs[83]) mit der herrschenden Meinung davon aus, in unserer Lehre sei die zentrale Frage die Frage nach dem wahren Willen[84]). Da er diese Ansicht außer einigen Hinweisen auf die Rechtsgeschichte[85]) nicht näher begründet, genügt es ihr gegenüber auf das bisher Ausgeführte zu verweisen. Nur in einem Punkte sei eine besondere Widerlegung Fuchs' gestattet.

Fuchs stellt sich die Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte als normative Akte der — „richtig verstandenen" — Privatautonomie vor, als Regeln zukünftigen menschlichen Verhaltens[86]). Daran anschließend stellt er sodann[87]) den Scheinvertrag, der ihn allein interessiert, so dar: „Insofern man sagen kann: einen Vertrag schließen heiße eine bestimmte Regel seines Verhaltens gemeinsam aufstellen (deren unmittelbarer Zweck ist, daß sie befolgt werde . . .), insofern kann auch gesagt werden: Ein Scheinvertrag liegt vor, wenn eine neue Regel des Verhaltens aufgestellt wird, während in Wahrheit und gegenseitigem Einverständnisse" — man verzeihe die Unterbrechung: jetzt müßte doch eigentlich folgen: „man eine solche Regel nicht aufstellt, sondern nur zum Schein so tut, als ob man eine aufstelle". Fuchs fährt aber fort: „man sich so verhalten will, als ob gar keine neue Regel . . . aufgestellt wäre. In diesem Falle macht man sich zur Regel, die zunächst aufgestellte Regel nicht zu befolgen, sondern . . . . gar keine". Der Scheinvertrag ist also gar kein Scheinvertrag sondern ein wirklicher Vertrag, der, durch einen zweiten ebenso wirklichen, wie Fuchs an anderer Stelle sagt[88]), „dementiert" wird! Auf diese Art,

---

[82]) Aus den gleichen Gründen ist die Ansicht Badings (S. 733 f.), unrichtig, der ebenfalls meint, es bedürfe zum Scheingeschäft des § 117 Abs. 1 BGB. eines übereinstimmenden Scheinwillens beider Parteien.

[83]) Vgl. das Literaturverzeichnis.

[84]) Steuerumgehung S. V zu § 11, S. 9 ff. u. S. 89 ff., Scheinhändel S. 197.

[85]) Scheinhändel S. 63 ff. und oben S. 10, Fn. 53.

[86]) Scheinhändel S. 63 ff., S. 197 f. u. durchweg.

[87]) Scheinhändel S. 197 f., Pseud. Rge. S. 115.

[88]) Scheinhändel S. 10.

sich die Sache zurecht zu legen, die Fuchs sonst selbst bekämpft[89]), wird noch zurückzukommen sein[90]). Hier ist Fuchs nur die Frage entgegen zu halten: Beide Regeln (Verträge) sind also als Regeln (Verträge) ernst gemeint, wo fehlt dann aber der Wille? — Fuchs übersieht, daß der eigentliche Sinn jeder Regel als Regel jener unmittelbare Zweck ist, befolgt zu werden, den er im ersten Satz des Zitats in Klammern selbst erwähnt. Dieser Zweck wohnt jeder Regel begrifflich inne. Deshalb nimmt auch jeder nicht eingeweihte Dritte bei einer nur zum Schein aufgestellten Regel an, es liege eine Regel vor. In Wirklichkeit ist aber eine Regel deshalb nicht vorhanden, weil das, was hier Regel genannt wird, dem Gegner gegenüber jenen begrifflich notwendigen Zweck tatsächlich nicht hat. Indem Fuchs dies übersieht, läßt auch er sich wie ein nicht eingeweihter Dritter täuschen, nimmt auch er den Schein für Wirklichkeit.

Dies Bild ist nun überall das gleiche. Ob man den äußeren Mindesttatbestand der empfangsbedürftigen We., die Erklärung, im weiteren Sinne auffaßt, wie das hier geschieht, ob im engeren Sinne, wie Enneccerus und Manigk es tun[91]), nach allem ist, selbst bei Willenserklärungen, die einer Form bedürfen[92]), für die Frage, ob eine bestimmte Erklärungshandlung We. sei, das für den Erklärungsgegner schlüssige Gesamtverhalten des Erklärenden maßgebend. Wie könnte es für das geltende Recht auch anders sein! Trotzdem ziehen fast alle beim Scheingeschäft die Folgerung hieraus nicht, sondern beharren bei der hergebrachten Meinung, es liege ein Fall von Willensdivergenz, Willenswiderspruch vor, es fehle der mit Einverständnis des Erklärungsgegners nur zum Schein abgegebenen We. der Wille[93]). Den tatsächlich vorliegenden Schein einer Erklärung übersieht man und nimmt ihn für Wirklichkeit.

Man verweise demgegenüber nicht auf den Standpunkt des Gesetzes. Daß das Gesetz der im gemeinen Recht herrschenden Meinung folgend von der Auffassung ausgeht, es fehle dem von ihm im § 117 Abs. 1 umschriebenen Scheingeschäft der Wille, soll wegen der systematischen Stellung unseres Paragraphen und angesichts der Materialien zum Gesetze[94]) nicht bestritten werden. Man mag darin mit Henle[95]) „einen der bedauerlichsten systematischen Verstöße des ganzen Gesetzes" erblicken und dementsprechend von der „unglückseligen Willenserklärung des § 117 Abs. 1" reden, die dogmatische Grundlage des Gesetzes ist nicht zweifelhaft[96]). Es muß ihr gegenüber aber wiederholt werden, was

[89]) Durchweg, vgl. nur Scheinhändel S. 9 f., 192 ff.

[90]) Unten S. 22 f.

[91]) Vgl. oben S. 2 Fn. 6.

[92]) Vgl. hierzu nur Enneccerus-Nipp. § 193 VI.

[93]) Vgl. nur Oertmann, Vorbem. 9 u. 11 vor §§ 104 ff., die Vorbemerkungen vor §§ 116 ff. und im Kom. zu § 117; Planck, Vorbem. 1—4 vor §§ 116 ff. u. i. Kom. zu § 117; Riezler bei Staud., Einl. II, 3, 5 vor §§ 104 ff., I—IV vor §§ 116 ff. u. i. Kom. zu § 117; von Tuhr S. 397 ff. (Begriff der We.), S. 427 ff. (Besonderheit der empfangsbedürftigen We.), S. 534, 539 (Maßgeblichkeit des Gesamtverhaltens des Erklärenden für den Sinn der Erklärungshandlung), S. 506 ff. (die formbedürftige We.) und S. 554 ff., 577 ff. (Begriff des Scheingeschäftes). — Das gleiche Bild ergeben die vielen Entscheidungen des Reichsgerichts, die bei Enneccerus-Nipp. §§ 136 II, 192, 193, von Tuhr und in den Kommentaren an den angeführten Stellen in großer Zahl angemerkt sind (die oben besprochene RGE. 134 S. 33 ff. ist hinzuzufügen) und auch die des Reichsarbeitsgerichtes, die Schwister in JW. 31 S. 2548 ff. besprochen hat. — Von Einzelschriften vgl. insbes. Walsmann, S. 149 ff. und alle im Literaturverzeichnis aufgeführten einschlägigen Dissertationen. — Mit Recht bemerkt Henle, Lehrbuch S. 68, dazu: „Die Meinung, § 117 Abs. 1 erkläre sich aus dem Willensmangel des Erklärenden, scheint ebenso unausrottbar wie sie unhaltbar ist."

[94]) Mot. 1 S. 189 ff. (192); Prot. S. 95 ff.; auch Zitelmann, Rechtsgeschäfte II S. 14.

[95]) Vorstellungs- und Willenstheorie S. 473, 153, 42, vgl. auch Lehrbuch S. 68.

[96]) Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie S. 473, freilich versucht, dem Gesetz zu unterstellen, es mache in § 117 Abs. 1 den „abenteuerlichen Ausflug", in der dort sog. „We." etwas anderes, Neues, einen einer We. lediglich ähneln-

Jacobi[97]) für den ähnlichen Fall des § 118 sagt: „Die Schwierigkeit, die daraus für unsere Theorie entsteht, dürfte sich durch die einfache Erwägung rechtfertigen, daß man zur Zeit der Abfassung des Gesetzes . . . sich noch nicht bewußt war, daß unter einer Erklärung der gesamte dem Adressaten der Erklärung absichtlich oder scheinbar absichtlich zugänglich gemachte Sachverhalt in Betracht zu kommen habe. So gab man eine Reihe von Einzelbestimmungen, aus denen die Wissenschaft die wahren Grundlagen zu ermitteln hat. Wie schon früher hervorgehoben[98]), ist sie aber in dieser Beziehung frei und nicht an theoretische Auffassungen des Gesetzes gebunden. Andernfalls wäre ja auch jedes Gesetz ein Hindernis nicht nur für die Rechtsentwicklung, sondern für die Erkenntnis der wahren Gründe des Gesetzes".

Auch der vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus naheliegende Versuch, die obigen Ausführungen mit dem Schlagwort von den „erklärungstheoretischen" Gedankengängen[99]) zu widerlegen, dürfte wenig Erfolg versprechen. Nicht einmal die Richtigkeit der gelegentlichen Bemerkung Enneccerus'[100]) kann anerkannt werden, die Nichtigkeit des Scheingeschäfts sei nicht nur eine Folge des Willensprinzips, sondern lasse sich „auch" mit der Erklärungstheorie vereinigen, „weil hier infolge des Einverständnisses der Gegenpartei genau genommen auch keine Erklärung vorliegt". Der Streit der Theorien über die Erheblichkeit des inneren Willens für die Geltung der We. ist für unsere Lehre ohne jede Bedeutung[101]). Das ergibt sich bereits aus den bisherigen Ausführungen. Zur Verdeutlichung sei jedoch noch folgendes hinzugefügt: Der unstreitige Ausgangspunkt der Theorien ist der Mindesttatbestand jeder We., die Erklärung. Darauf hat insbesondere Manigk mit Recht wiederholt hingewiesen[102]), und davon gehen jetzt auch alle übrigen aus, teils mit ausdrücklichem Hinweis[103]), teils es als selbstverständlich voraussetzend[104]). Ohne diesen Mindesttatbestand kann keine We. bestehen, ohne ihn kein Wille wirken. Es ist das der gleiche Gedanke, der oben[105]) so gefaßt wurde: wohl wirkt — unter besonderen Umständen — die Erklärung ohne den Willen, nie aber der Wille ohne die Erklärung. Liegt also der Mindesttatbestand der We., eine Erklärung, überhaupt nicht vor, so fehlt dem Streit der Theorien die tatsächliche Grundlage. Vor allem kann einer Erklärung, die nicht vorhanden ist, kein Wille fehlen, und kann kein Wille von einer Erklärung abweichen, die keine ist. Mit allem Vorbehalt sei hier das Beispiel gestattet: wer den durch eine Wachspuppe erregten Schein eines Menschen damit erklären würde, die Puppe sei kein Mensch, weil ihr die ihr entsprechende menschliche Seele fehle, würde bei seinen Zuhörern viel Erstaunen erregen, aber wenig Verständnis finden. „. . . . es ist schief", bemerkt Henle[106]) mit Recht, „den subjektiven Tatbestand zu erörtern, wenn schon der objektive versagt".

Schließlich kann auch der Einwurf Fuchs'[107]), „der Versuch, die in der Simulationslehre zentrale Frage nach dem wahren Willen zu Gunsten angeblich objektiver Entscheidungsmomente völlig ausschalten zu wollen", sei „theoretisch und praktisch verfehlt", nicht von der Unrichtigkeit der hier vertretenen Meinung

---

den Tatbestand zu sehen, dem es eine Wirksamkeit nach Art der eigentlichen We. besonders absprechen zu müssen glaube. Das ist nicht richtig. Henle übersieht, daß das Gesetz nicht von einer We. schlechthin, sondern von einer „nur zum Schein abgegebenen We." redet.

97) S. 57.

98) S. 2.

99) Vgl. Manigk, oben S. 16.

100) Enneccerus-Nipp. § 155 Fn. 15.

101) Vgl. auch Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie S. 473.

102) We. u. Wg. S. 150 ff. und für unsere Lehre insbes. S. 471—476; in ZHR. 77 S. 531 f., J. u. A. S. 53, 79 ff. (81), 235 ff. (237).

103) Z. B. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie S. 1—11; Hölder in JherJ. 58 S. 106.

104) Z. B. Enneccerus-Nipp. § 136 II, insbes. zu Anfang, § 155, insbes. unter I, 1 z. A.; von Tuhr, § 61 (S. 399—402) und § 65 (S. 549 ff.).

105) S. 2 und dort Fn. 5.

106) Lehrbuch S. 68.

107) Steuerumgehung S. V zu § 11, S. 11 ff., 89 ff.

überzeugen. Die Ausführungen Fuchs' wenden sich im einzelnen nur gegen Gottschalk[108]), auf dessen allerdings abwegige Ansicht ich noch zurückkommen werde[109]). Im übrigen nimmt Fuchs zu der hier vertretenen Ansicht nur mit der aus der Gesamtheit seiner Ausführungen sich ergebenden Behauptung Stellung, daß diejenigen, die die Frage nach dem wahren Willen beim Scheingeschäft für unerheblich halten, „sachlich dem primitiven Formalismus, Haften am Wort und technischen Ausdruck, äußerst nahe stehen" und den „Urväterformalismus" in die heutige Rechtswissenschaft wieder einführen[110]). Mit derartigen Behauptungen wird nichts bewiesen und noch weniger widerlegt. Darüber hinaus scheint mir aber der darin enthaltene Vorwurf eher die zu treffen, die entgegen den allgemeinen Grundsätzen unseres wie jeden entwickelteren Rechts den Wortsinn der Scheinerklärung für bare Münze nehmen und ihren wahren Gesamtsinn übersehen.

Partsch, gegen den sich Fuchs mit jenem Vorwurf ebenfalls wendet, hat gelegentlich „die Lehre des Scheingeschäftes, in welcher das moderne deutsche Recht noch auf den Grundlagen des Bartolus und Baldus steht", als „revisionsbedürftig" bezeichnet[111]) und die Ansicht vertreten, der Begriff des Scheingeschäftes könne auf die Analyse des Geschäftswillens nicht aufgebaut werden[112]). Ich kann mich dem auf Grund meiner bisherigen Ausführungen nur anschließen.

3. Ausbau der richtigen Ansicht. — Nochmals das Fehlen der Erklärung.

Es wurde schon oben[113]) darauf hingewiesen: die hier vertretene Ansicht ist im Ergebnis nicht neu. Schon Kohler hat im Anschluß an seine für das gemeine Recht geschriebenen Abhandlungen über Mentalreservation und Simulation[114]) auch für das heutige bürgerliche Recht diese Ansicht vertreten[115]). Sie findet sich ferner bei Isay[116]), Leonhard[117]), Rosenberg[118]), Brons[119]), Henle[120]), Hölder[121]), Danz[122]), Bading[123]), Brose[124]) und auch wohl bei Brodmann[125]). Einigen von ihnen sind jedoch bei der Beweisführung und den aus dem Ergebnis gezogenen Schlußfolgerungen mehrere Unklarheiten und Fehler unterlaufen, die zur Verhütung von Mißverständnissen und gleichzeitig zur schärferen Umreißung der hier vertretenen Ansicht geklärt und berichtigt werden müssen.

Leonhard, der unter dem Begriff Erklärung den Erklärungsakt und den Erklärungsinhalt zusammengefaßt sieht[126]), meint, was bei der nur zum Schein abgegebenen empfangsbedürftigen We. erklärt werde, sei kein Geschäftsinhalt, sobald man es nur richtig auslege[127]). Aehnlich lehrt Danz[128]), es trete hier des-

108) Vgl. das Literaturverzeichnis.
109) Unten S. 24.
110) Steuerumgehung S. 14 in u. zu Fn. 2; vgl. auch die in Fn. 107 angeführten Stellen durchweg.
111) ZSavSt., Rom. Abtlg., 42 S. 240.
112) a.a.O. S. 236.
113) S. 10.
114) JherJ. 16 S. 91 ff. (98 f.) und 325 ff., Bd. 28 S. 166 ff. u. i. ArchZivPrax. 80 S. 143 Fn. 1.
115) Lehrbuch S. 487 f.
116) S. 53.
117) § 97 II (S. 458).
118) S. 750.
119) S. 33 f.
120) Vorstellungs- und Willenstheorie S. 473, Lehrbuch S. 67 f.
121) JherJ. 58 S. 134.
122) S. 16 f., 19, 180.
123) S. 772 ff.
124) S. 202.
125) S. 56 — 61.
126) § 71 I (S. 275 f.).
127) § 97 II (S. 458).
128) S. 16 f.

halb keine Rechtswirkung ein, weil aus der Auslegung der Erklärung sich ergebe, daß eine Verpflichtung zum Austausch von Werten nicht eintreten solle. Im gleichen Sinne wurde auch bei der obigen Darstellung und Widerlegung der herrschenden Meinung und im Anschluß an sie gelegentlich von einer Auslegung der Scheinerklärung und der Selbstverständlichkeit der Regelung des § 117 Abs. 1 nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gesprochen[129]). Um das Verständnis für die hier vertretene Ansicht nicht unnötig zu erschweren, ist diese Ausdrucksweise bisher unbeanstandet geblieben. Ich halte sie jedoch nicht für sachgemäß. Auslegung ist nur da am Platze, wo bei feststehendem Tatbestand der Sinn einer We. dem Gegner[130]) nicht ohne weiteres klar ist. In dem feststehenden Tatbestand aber, den wir uns unter dem Begriff des Scheingeschäfts vorstellen, ist der Sinn der nur zum Schein abgegebenen We. dem Gegner klar. Er weiß, daß sie für ihn sinnlos ist. Auszulegen ist da nichts mehr. Um eine Auslegungsfrage handelt es sich hier also nicht. Selbst wenn man im Gegensatz hierzu von der Ansicht ausgeht, es komme nicht auf den Standpunkt des Gegners, sondern auf den des objektiven Beobachters, des Richters, an, von dort aus gesehen sei aber die Scheinerklärung doppelsinnig, habe sie bei Wortinterpretation einen anderen Sinn als bei Sinnesinterpretation, ist die zu entscheidende Frage nicht eigentlich eine Auslegungsfrage, sondern die rechtsgrundsätzliche Frage danach, welcher Sinn über das Dasein der Scheinerklärung als We. entscheidet, oder, allgemeiner gefaßt, was wir uns unter dem äußeren Mindesttatbestand der We., dem Begriff der Erklärung vorzustellen haben.

Nach dem hier als Ausgangspunkt genommenen Begriff der Erklärung als dem für den Gegner schlüssigen Gesamtverhalten ist es ferner ungenau, den Fehler der nur zum Schein abgegebenen We. als We. darin zu sehen, daß ihr nur der für den Gegner maßgebliche rechtsgeschäftliche Sinn fehle, daß sie nur nicht schlüssig sei. Diese Art der Lösung unseres Problems, die beispielsweise von Leonhard[131]), Rosenberg[132]), Henle[133]) und Brose[134]) so oder doch dem Sinne nach so vertreten wird, ist nur dann richtig, wenn man nicht das Gesamtverhalten des Erklärenden gegenüber dem Gegner als solches, sondern die einzelne Erklärungshandlung, für deren Sinn erst das Gesamtverhalten des Erklärenden maßgeblich sei, als Erklärung einer We. begreift[135]). Da diese Auffassung im allgemeinen den Standpunkt der soeben behandelten herrschenden Meinung zu dieser Frage entspricht, so ist, ebenfalls zu besserem Verständnis, bei der Widerlegung der herrschenden Meinung durchweg nur vom Fehlen des rechtsgeschäftlichen Sinnes der Scheinerklärung gesprochen worden. Von der hier vertretenen Auffassung des Begriffs der Erklärung aus ist auch diese Ausdrucksweise nicht richtig: die Scheinerklärung ist als Erklärung einer We. gesehen nicht nur eine unschlüssige Erklärung sondern eine unschlüssige Teilerklärung.

Kohler[136]) lehrt, das Scheingeschäft des geltenden bürgerlichen Rechtes bestehe aus „Erklärung" und „Gegenerklärung", von denen die eine die andere „neutralisiere". Gegen eine solche Darstellung ist solange nichts einzuwenden, als sie lediglich aus dem Tatbestand des Scheingeschäfts begründen soll, was Kohler im Anschluß daran weiter sagt: „In diesem Falle tritt natürlich ein rechtliches Nichts ein. Die Willenstat ist eine Scheinwillenstat", oder was er schon früher[137]) ausgeführt hat: die Simulation beruhe darauf, daß die Beteiligten aus dem Gesamtverhalten des Erklärenden, dem „Komplexe der Erklärung", willkürlich ein Stück herausgriffen und Dritten kundgäben; dann sei „überhaupt keine rechts-

---

[129]) Oben S. 14.

[130]) Nur dieser, nicht der Richter oder irgend ein Dritter, kommt hier in Betracht, vgl. Henle, Lehrbuch S. 65.

[131]) § 97 II (S. 458): es fehlt der „Geschäftsinhalt", der „Sinn".

[132]) S. 750: es fehlt der „Ausdruck" eines Geschäftswillens.

[133]) Vorstellungs- und Willenstheorie S. 473: es fehlt der „Sinn einer juristischen Willenserklärung", Lehrbuch S. 67 f.: die Erklärung ist nicht schlüssig.

[134]) S. 202, es fehlt der „Erklärungswert".

[135]) Oben S. 2 Fn. 6.

[136]) Lehrbuch S. 488, unter Bezugnahme auf seine früheren Studien über Mentalreservation und Simulation, vgl. das Literaturverzeichnis.

[137]) JherJ. 16 S. 91 ff. ArchZivPrax. 80 S. 143 Fn. 1.

schöpferische Willenserklärung geäußert worden". Unrichtig ist jene Darstellung aber, sobald sie in dem ebenfalls von Kohler[138]) vertretenen Sinn verstanden werden soll: „Wir sagen nicht: das simulierte Geschäft besteht aus zwei Geschäften, einem ernstlichen und einem aufhebenden; vielmehr ist das simulierte Geschäft nur ein Geschäft, aber ein Geschäft mit zwei einander neutralisierenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Dagegen ist dasselbe nicht etwa bloßer Seifenschaum. . . . in dem Sinne, daß es an jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung fehlen würde, daß die Erklärung in der Tat gar nicht bestünde; vielmehr besteht eine Erklärung, aber eine Erklärung, welche wegen ihres sich selbst neutralisierenden Inhaltes regelmäßig keine Rechtsfolgen erzeugt. Das simulierte Geschäft ist kein Nichtgeschäft. . . .".

Das Bild von den zwei einander gegenseitig oder wechselseitig neutralisierenden Erklärungen kehrt bei Kohler auch sonst[139]) und auch bei anderen[140]) wieder. Es ist schon deshalb unrichtig[141]), weil wohl die Simulationserklärung die simulierte, wenn man so will, „neutralisiert", aber nicht umgekehrt. Sodann soll offensichtlich damit gesagt sein, die Scheinerklärung sei zwar als We. vorhanden, sie werde aber durch die Gegenerklärung in ihrer Wirkung gehemmt. Hier muß Kohler mit dem Hinweis auf seine zuerst zitierten teils älteren, teils jüngeren Ausführungen gegen sich selbst verteidigt werden: das Wesen, besser Unwesen der nur zum Schein abgegebenen We. besteht gerade darin, daß sie keine rechtsgeschäftliche, auch keine solche ohne Rechtsfolgen, Rechtswirkungen ist, aber eine vollwirksame rechtsgeschäftliche We. zu sein scheint. Was ferner die von Kohler sogenannte Gegenerklärung angeht — sie kann ohne Bedenken der im ersten Teile dieser Arbeit[142]) herausgestellten Kundgabehandlung des Erklärenden an den Gegner, er wolle die Erklärung nur zum Schein abgeben, gleichgestellt werden —, so besteht kein Anlaß, diese Gegenerklärung als solche in irgendeine juristische Konstruktion hineinzuzwängen. Es genügt für den Begriff des Scheingeschäfts (und das Verständnis seiner Rechtsfolge der Nichtigkeit), sie als das zu nehmen, was sie der natürlichen Auffassung nach ist: als der die Scheinerklärung ergänzende Teil des Gesamtverhaltens des Erklärenden gegenüber dem Gegner. Es ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern jene Kundgabehandlung als solche überhaupt eine rechtsgeschäftliche We. sein könnte[143]). Sie ist es ebensowenig wie die vorherige Erklärung: „Wenn ich Simolidei telegrafiere, so heißt das: Ich zahle Dir 1000". Nicht liegen in solchen Fällen zwei Willenserklärungen vor, vielmehr ist die eine Erklärung der Schlüssel zur anderen.

Damit soll gegen den üblichen Sprachgebrauch[144]), bei dem meist von der Simulationsabrede, -verabredung und dergleichen, auch wohl — insbesondere beim Scheinvertrag — vom consensus in simulando[145]), pactum simulationis oder Gegenpactum, -abrede, -vertrag[146]) die Rede ist, nichts eingewandt werden. Denn er gibt den tatsächlichen Sachverhalt, wie er in fast allen im täglichen Leben vorkommenden Fällen des Scheingeschäfts vorliegt, treffend wieder. Stets aber muß man sich hierbei dessen bewußt bleiben, daß es sich um einen Vertrag usw. im Rechtssinne nicht handelt[147]).

In dieser Hinsicht mißverständlich ist bereits der Ausdruck Fuchs'[148]) „im stillen vereinbarte Nichtigkeit des Geschäfts", dessen Sinn bedenklich an die „Erklärung" Kohlers erinnert, die besteht, aber „wegen ihres sich selbst neutralisierenden Inhalts regelmäßig keine Rechtsfolgen erzeugt", eine Auffassung, die Fuchs[149]) selbst nicht billigt.

---

138) JherJ. 28 S. 169 f.
139) JherJ. 28 S. 169 an früherer Stelle.
140) Z. B. Bading, S. 773.
141) Vgl. dagegen — von der herrschenden Meinung aus — auch Fuchs, Scheinhändel S. 9 f.
142) S. 4 ff.
143) Dagegen auch RGE. 134 S. 37.
144) Vgl. oben S. 4 f.
145) Fuchs, Scheinhändel S. 195 ff.
146) Fuchs, in allen Schriften durchweg.
147) Eingehend Fuchs, Scheinhändel S. 195 f.
148) Scheinhändel S. 197; ähnlich Endemann I § 73, 3 (S. 364).
149) Scheinhändel S. 9 f., 195 ff.

Auch wenden sich mit Recht Henle[150]) und Enneccerus[151]), dem sich Oertmann[152]) anschließt, gegen die von v o n T u h r[153]) gelegentlich vertretene Ansicht, die Simulationsabrede berühre sich nahe mit einer Vereinbarung, durch welche die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts nachträglich aufgehoben würden; es laufe praktisch auf dasselbe hinaus, ob die Parteien den eben geschlossenen Vertrag aufhöben oder schon beim Abschluß des Vertrages seine Unwirksamkeit verabredeten. Mit Recht meint Henle[154]), von Tuhr habe hier das Wesen der Simulationsabrede verzeichnet. Bei Abschluß eines Scheinvertrags wird nicht die Unwirksamkeit dieses Vertrages verabredet. Vielmehr ist der Vertrag auch ohne eine solche Verabredung unwirksam. Denn die in ihm enthaltenen beiderseitigen Willenserklärungen, Antrag und Annahme, sind mit ausdrücklichem Hinweis auf ihre Scheinnatur abgegeben. Sie sollten also weder in dem Gegner die Vorstellung von einer Rechtsveränderungsabsicht des Erklärenden erwecken, noch ihm eine Vertrauensgrundlage bieten. Deshalb sind sie unwirksam auch ohne besondere Vereinbarung der Unwirksamkeit. Die Ansicht von Tuhrs widerstreitet also dem Grund und Zweck der Wirkung der We. Partsch[155]) nennt allerdings diese Ansicht einen bemerkenswerten Versuch, einen Gesichtspunkt herauszustellen, der besser als der Rechtssatz über die Nichtigkeit des Scheingeschäfts der praktischen Entscheidung dienen könne. Meines Erachtens muß vor dem Versuch von Tuhrs, der Simulationsabrede mehr Bedeutung beizulegen, als ihr innerhalb des Gesamtverhaltens des Erklärenden tatsächlich zukommt, aus den vorstehenden und auch aus den gegen Kohlers Konstruktion vorgebrachten Gründen gewarnt werden.

Auf einem ähnlichen Standpunkt wie Kohler und von Tuhr steht anscheinend auch H o e n i g e r[156]). Er berichtet in der Besprechung einer Schrift Fuchs': „Den consensus simulandi bezeichnet Verfasser gelegentlich als Gegenpaktum. Er übersieht aber, daß das Gegenpaktum derselben Art sein muß, wie das zu beseitigende Rechtsgeschäft". Es ist unrichtig, daß Fuchs die Notwendigkeit eines gleichartigen Gegenvertrags übersieht. Fuchs konnte von seiner Auffassung des Gegenvertrags aus, dieser Vertrag sei ein Vertrag nicht im rechtlichen sondern „sozusagen natürlichen Sinne", auf diese Notwendigkeit gar nicht kommen, ganz abgesehen davon, daß er das Wesen des Scheingeschäfts nicht im Vorhandensein einer Gegenabrede sondern im Fehlen des Willens sieht[157]). Erst wenn man den Gegenvertrag als Rechtsgeschäft auffaßt, das das nach außen kundgegebene Rechtsgeschäft, das Scheingeschäft, „neutralisiert", in seinen Wirkungen vorweg aufhebt, taucht die Frage nach dem contrarius actus auf. Da Hoeniger diese Frage als übersehen vermerkt, geht auch er von der Auffassung aus, der Gegenvertrag, die Gegenerklärung, jene Kundgabehandlung sei ein Rechtsgeschäft, eine rechtsgeschäftliche We. Eine besondere Begründung hierzu gibt er nicht. Es kann deshalb auch ihm gegenüber auf die gegen Kohler vorgebrachten Gründe verwiesen werden.

Mit alledem ist auch die Ansicht S t r o b e l s abgelehnt, der den von Fuchs sogenannten „consensus in simulando", den Gegenvertrag, in Anlehnung an Fuchs, aber weit über ihn hinaus, zu einem rechtsgeschäftlichen „Scheinvertrag" ausbaut und in ihm das Problem des Scheins im Scheingeschäft sieht[158]).

---

150) Lehrbuch S. 68 Fn. 14.

151) Enneccerus-Nipp. § 156 Fn. 6, ohne Begründung.

152) § 117, 2 δ, ohne Begründung.

153) S. 564 betr. die Simulation bei Adoptionen, Eheverträgen, Vereinsgründungen.

154) Lehrbuch, S. 68 Fn. 14.

155) ZSavSt., Rom. Abtlg. 42 S. 238.

156) Besprechung Fuchs' Scheinhändel in ZHR. 82 S. 494.

157) Vgl. oben S. 17.

158) S. 27. Die Arbeit Strobels bedarf einer Widerlegung im einzelnen nicht. Trotz der Ueberschrift „Das Problem der Wahrheit im Scheingeschäft", die Strobel seiner Arbeit gibt, übersieht er das nach § 117 Abs. 1 allein bedeutsame eigentliche Problem des Scheingeschäfts, das Problem der Wahrheit in der nur zum Schein abgegebenen *Willenserklärung*. Dies Problem kann nur vom Begriff der We. aus gelöst werden (vgl. unten S. 25 oben).

Nicht anzuschließen vermag ich mich ferner den Ausführungen Gottschalks[159]). Gottschalk meint, es handele sich beim Scheingeschäft um ein Auseinandergehen von Erklärung und Wirklichkeit[160]), ein Scheinvertrag insbesondere liege dann vor, wenn der Vertragsinhalt nicht der Wirklichkeit entspreche und die Parteien etwa anderes zu tun vorgäben, als sie wirklich tun[161]). Diese in gleichem oder ähnlichem Wortlaut immer wiederkehrenden Formeln Gottschalks wären richtig, wenn Gottschalk unter Erklärung das verstände, was Dritten gegenüber als We. erscheint, die Außenerklärung, und unter Wirklichkeit das Gesamtverhalten des Erklärenden dem Gegner gegenüber, die Innenerklärung. Das tut er aber nicht. Wie sich aus seinen zahlreichen Beispielen ergibt, versteht er zwar unter Erklärung die Außenerklärung, aber unter Wirklichkeit etwas ganz anderes als die Innenerklärung. Was er darunter versteht, ist kaum zu erkennen. Wenn ich recht sehe, sind es die den Scheinvertrag begleitenden oder ihm nachfolgenden Erfüllungshandlungen. Denn Gottschalk bringt wiederholt folgenden Fall[162]): A erklärt: Ich, A, verkaufe Dir, B, diesen Ring für 1000 und bekenne, den Kaufpreis mit 1000 bezahlt erhalten zu haben. In Wahrheit übergibt A dem B den Ring unentgeltlich. Dies tatsächliche Verhalten des B, meint Gottschalk, steht mit dem Inhalt des Kaufvertrags im Widerspruch; dieser Inhalt sei also falsch; infolgedessen sei der Kaufvertrag ein Scheinvertrag; also bestehe das Wesen des Scheinvertrags in dem Auseinandergehen der Erklärung „Kaufvertrag" und dem tatsächlichen Tun „unentgeltliche Uebergabe". Dabei übersieht Gottschalk den in Wirklichkeit abgeschlossenen Schenkungsvertrag, zu dem die unentgeltliche Uebergabe Erfüllungshandlung ist. Dieser Schenkungsvertrag ist aber gerade die Wirklichkeit, ist das, was die Parteien bei Abschluß des „Kaufvertrags" „wirklich tun", wofür alle späteren Handlungen nur Indizien sind, wenn nicht der Abschluß des Schenkungsvertrags sich unmittelbar nachweisen läßt.

Daran, ob mit vorstehendem der Gedankengang Gottschalks richtig erfaßt ist, wird man aber wieder irre, wenn man an anderen Stellen[163]) liest: eine Ehe, eine Auflassung oder andere dergleichen förmliche Akte seien als Scheingeschäft undenkbar, weil bei ihnen das Tun der Parteien — wie bei der Uebergabe beweglicher Sachen — notwendig und deshalb immer mit der Wirklichkeit übereinstimmen müsse. Das ist richtig, wenn man die Außenerklärung für sich allein betrachtet; sie wird wirklich vorgenommen und nicht nur zum Schein[164]). Das ist aber auch bei allen anderen von Gottschalk aufgezählten Beispielen der Fall. Auch bei dem obigen Beispiel des Ringverkaufs. Insofern liegt nie ein Schein vor und ist stets alles in bester Ordnung. Der Schein beginnt erst, wo das äußerlich als We. erscheinende Verhalten der Beteiligten in Wirklichkeit, unter ihnen, eine We. nicht ist, weil es für den Erklärungsgegner rechtsgeschäftlich sinnloses Teilverhalten, bloße Komödie ist. Eine solche Komödie ist bei dem Ehevertrag, der Auflassung und ähnlichen förmlichen Verträgen so gut möglich, wie bei den formlosen; denn der Kern, die empfangsbedürftige We. und ihr Schein, ist überall der gleiche. Allerdings, eine bewegliche Sache kann ich im allgemeinen — auch hier kann im Einzelfall wie bei allen menschlichen Handlungen nur zum Schein gehandelt werden — nur übergeben oder nicht übergeben, wie ich Worte im allgemeinen auch nur sprechen oder nicht sprechen kann. Aber was sollen derartige Beispiele hier? Für unser Scheingeschäft sind solche Handlungen nur von Belang, wenn sie im Einzelfall an sich rechtsgeschäftliche Willenserklärungen zu sein scheinen. Menschliche Körperbewegungen, menschliche Handlungen als solche und der bei ihnen mögliche oder unmögliche Schein sind für unsere Lehre unerheblich.

Ein weiteres Eingehen auf die Lehre Gottschalks erübrigt sich. Wegen mehrerer Einzelheiten kann hier auf die Ausführungen von Fuchs[166]) verwiesen werden.

---

159) Vgl. das Literaturverzeichnis.
160) GruchotsBeitr. 65 S. 531, Bedeutung I S. 79.
161) So durchweg — insbes. GruchotsBeitr. 65 S. 531, Bedeutung I S. 72, 79.
162) Bedeutung I S. 73, 75, 82.
163) In allen drei Schriften durchweg.
164) Vgl. oben S. 3 f.
165) Steuerumgehung S. 11 ff.
166) Steuerumgehung S. 11 ff.

Mit Recht hebt Fuchs wiederholt die Unklarheit der Formeln Gottschalks treffend hervor. Auch Oertmann[167]) bezeichnet sie als „verfehlt".

Allgemein muß zu allem vorstehend behandelten und in unserer Lehre auch wohl für die Zukunft noch zu erwartenden Versuchen, das Problem des Scheins im Scheingeschäft außerhalb des Begriffs der We. zu suchen, gesagt werden: Kein Schein wird dadurch entlarvt, daß man die Wirklichkeit sucht, außerhalb des Begriffs dessen, das der Schein als Wirklichkeit vorspiegelt. Die entscheidende Frage in unserer Lehre ist nicht die, was zu einer wirklichen We. hinzu kommen müsse, damit von ihrem Schein geredet werden könne, sondern die, welches Stück Wirklichkeit einer nur zum Schein abgegebenen We. fehlt. Es ist dies die Frage, von der die Untersuchung ausgegangen ist: eine empfangsbedürftige We. wird nur zum Schein, in Wirklichkeit also nicht abgegeben. Wie jeder nur scheinbaren menschlichen Handlung fehlt ihr ein ihre Wirklichkeit bedingendes, also wesentliches Merkmal. Es fragt sich: welches?

Diese Frage kann nunmehr ohne die Gefahr eines Mißverständnisses so beantwortet werden: es fehlt die Erklärung. — Das Problem des Scheins im Scheingeschäft nach geltendem bürgerlichem Recht ist damit gelöst.

II. Der Begriff des Scheingeschäfts.

Der nur zum Schein abgegebenen empfangsbedürftigen We. fehlt die Erklärung. Das ist auch für den Begriff des Scheingeschäfts im Auge zu behalten. Im übrigen bietet die Bildung dieses Begriffs nach den vorstehenden Ausführungen kaum irgendwelche Schwierigkeiten.

In seinem Mittelpunkt steht als der den Schein erregende wirkliche Kern des Geschäfts das Verhalten, das der Erklärende, Dritten erkennbar, dem Gegner zugänglich macht. Es ist die vom Gesetz sogenannte „Willenserklärung", die „nur zum Schein abgegeben wird".

An sich betrachtet könnte dies Verhalten eine empfangsbedürftige We. sein. Deshalb erscheint es auch nichtsahnenden Dritten als solche. In Wirklichkeit, vom Standpunkt eines den Schein durchschauenden Beobachters und vom Begriff der rechtsgeschäftlichen We. aus gewertet, ist es aber nur ein für den Gegner rechtsgeschäftlich nicht schlüssiges Teilverhalten. Das folgt daraus, daß der Erklärende dem Gegner zur Verhinderung dessen, daß die beabsichtigte Scheinerklärung eine wirkliche We. wird, vor der Vornahme dieses Verhaltens seine Absicht, damit nur den Schein einer We. zu erregen, kundgegeben haben muß und deshalb das dem Gegner zugänglich gemachte Gesamtverhalten des Erklärenden dem Gegner untersagt, aus jenem Teilverhalten auf den ihm an sich entsprechenden Rechtsveränderungswillen des Erklärenden zu schließen.

Zum Zwecke des Scheins hat der Erklärende das Teilverhalten bewußt gesetzt. — Das braucht nicht notwendig rechtswidrig zu sein. Es gibt hier auch mancherlei frommen Betrug. Stets aber setzt der Erklärende jenes Verhalten nicht rein zufällig zum Schein, sondern bewußt, um Dritte irrezuführen[168]).

---

[167]) § 117, Literaturangabe, mit dem allerdings nicht stimmenden Bericht, nach Gottschalk solle der Scheincharakter eines Geschäfts „auf der bewußten Nichtübereinstimmung des Willens mit der Wirklichkeit beruhen". Nicht den Willen sondern die Erklärung stellt Gottschalk der Wirklichkeit gegenüber.

[168]) Man faßt dies, vor allem im Hinblick auf die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht im Falle der arglistigen Täuschung, auch wohl so: „Nicht zum Begriff des Scheingeschäfts im Sinne des § 117 gehört die Absicht, Dritte zu täuschen, obwohl diese Absicht tatsächlich meistens vorliegen wird", so Riezler bei Staud. § 117 II 1 im Anschluß an RGE. 90 S. 277 und 95 S. 162; vgl. auch RGWarnRspr. 1914, Nr. 245, S. 345, und die dort Angegebenen, ferner Baer S. 2 und, sehr weitgehend, Kiehl, S. 558. Diese allgemein übliche Fassung ist mißverständlich, besonders, wenn sie aus dem Zusammenhang mit der Möglichkeit etwaiger Schadensersatzansprüche Dritter wegen arglistiger Täuschung herausgegriffen wird. Sie muß, wie im Text geschehen, ergänzt werden. Der Text lehnt sich an die zutreffenden Ausführungen Fuchs', Steuerumgehung S. 22, an.

Damit sind alle Merkmale des Begriffs des Scheingeschäfts nach geltendem bürgerlichem Recht beisammen. Es soll lediglich noch darauf hingewiesen werden:

Das vom Gesetz erforderte Einverständnis des Erklärungsgegners mit der Abgabe der Schwe. ist, wie oben[169]) nachgewiesen, dem Begriff des Scheingeschäfts nicht wesentlich.

Wenn ferner hier dem Wesen des Scheingeschäfts entsprechend das Scheingeschäft und die nur zum Schein abgegebene We. ständig gleichgesetzt werden[170]), so soll damit nicht gesagt sein, daß der Tatbestand des Scheingeschäfts sich mit der Scheinwillenserklärung erschöpfe. Das Scheingeschäft kann daneben mancherlei andere Bestandteile haben, es muß sie unter Umständen sogar haben, wenn anders überhaupt die Frage nach dem Schein auftauchen soll. So wird niemand eine Auflassung, eine Ehe und dergleichen Geschäfte im Sinne des Gesetzes als Scheingeschäft bezeichnen, wenn nicht ihre Form gewahrt ist. Es gilt hier entsprechend was zum Verhältnis des Rechtsgeschäfts zur We. gelehrt zu werden pflegt[171]). Einzelheiten hierzu sind für uns deshalb ohne Belang, weil jene Bestandteile den Begriff des Scheingeschäfts nicht berühren. Immerhin ist es zweckmäßig, die Tatsache, daß die Scheinwillenserklärung unter Umständen nur ein Teil des Gesamttatbestandes „Scheingeschäft" ist, bei der Bestimmung des Begriffs des Scheingeschäfts zu berücksichtigen.

Nach alledem läßt sich der Begriff des Scheingeschäfts nach dem geltenden deutschen bürgerlichen Recht nunmehr so bestimmen:

> Scheingeschäft ist ein Tatbestand, der ein einem anderen zugänglich gemachtes Verhalten umfaßt, das nach dem Willen seines Urhebers nichtsahnenden Dritten eine bestimmte rechtsgeschäftliche empfangsbedürftige Willenserklärung zu sein scheint.
>
> In Wirklichkeit ist es aber diese Willenserklärung nicht. Es fehlt ihm das einer solchen wesentliche Merkmal der Erklärung, des dem anderen zugänglich gemachten Gesamtverhaltens, aus dem der andere auf den jenem Verhalten an sich entsprechenden Rechtsveränderungswillen seines Urhebers schließen muß.
>
> Es ist in Wirklichkeit ein für den anderen rechtsgeschäftlich nicht schlüssiges Teilverhalten. Denn um zu verhindern, daß die scheinbare We. zu einer wirklichen wird, hat der Urheber dieses Verhaltens vor dessen Vornahme dem anderen seine Absicht kundgegeben, damit nur den Schein einer rechtsgeschäftlichen empfangsbedürftigen Willenserklärung zu erregen. Infolgedessen verbietet sein dem anderen tatsächlich zugänglich gemachtes Gesamtverhalten diesem, aus jenem Teilverhalten auf den ihm an sich entsprechenden Rechtsveränderungswillen seines Urhebers zu schließen.

III. Verwandte Begriffe. Das verdeckte Rechtsgeschäft.

Es ist allgemein üblich und meistens auch zweckmäßig, einen neu herausgestellten Begriff dadurch in helleres Licht zu rücken, daß man ihn anderen, verwandten gegenüberstellt. Für unseren Begriff des Scheingeschäfts kommen hierfür[172]) in Betracht die Mentalreservation (§ 116), die Scherzerklärung (§ 118) und der Irrtum (§ 119). Die Gegenüberstellung mit der Mentalreservation ist im wesentlichen oben[173]) schon vorgenommen. Soll sie für die übrigen Fälle nicht nur in einigen, aus dem Gesetz abzulesenden Selbstverständlichkeiten und Wiederholungen anderer sich erschöpfen, so würde sie wegen des lebhaften

169) S. 8 f.

170) Vgl. oben S. 1.

171) Vgl. oben S. 1, Fn. 1.

172) Nach geltendem bürgerlichem Recht — andere Rechte sind hier ohne Belang, insbes. bleibt das römisch-rechtliche sog. „typische Scheingeschäft", hier außer Betracht; vgl. dazu Fuchs, Scheinhändel S. 253 f., Riezler bei Staud. § 117 I und die dort angegebene Literatur.

173) S. 6 ff.

Streites um diese Begriffe eine Arbeit erfordern, die weit über den Rahmen dieser hinausginge. Dabei wäre der Gewinn größerer Klarheit nicht einmal gesichert. Es mag deshalb hier auf jeden Versuch einer solchen Gegenüberstellung verzichtet werden. —

Dasselbe gilt von dem Verhältnis des Scheingeschäfts zum fiduziarischen und fraudulösen. Eine Gegenüberstellung mit diesen Geschäften würde für die Klarheit unseres Begriffes, wie wegen der Unbestimmtheit jener sicher abzusehen ist, überhaupt nichts leisten. Auch handelt es sich bei diesem Verhältnis weniger um die Frage der Abgrenzung als um die der Anwendung des Begriffes des Scheingeschäfts. —

In unserer Begriffsbestimmung ist über die rechtsgeschäftliche Bedeutung des die Scheinwillenserklärung umfassenden Gesamtverhaltens des Erklärenden nichts gesagt. Sie läßt also offen, ob dieses sich im Einzelfall in der Kundgabe der Simulationsabsicht und der Abgabe der Scheinwillenserklärung erschöpft oder ob es darüber hinaus derart gestaltet ist, daß es als We. angesprochen werden muß. Erschöpft es sich in jenen beiden Handlungen nicht, sondern ist es selbst We., so liegt zwar im Verhältnis der Parteien zueinander eine We. vor, aber nach außen wird der Schein erregt, s i e liege nicht vor, sondern eine andere. Das ist der Fall des § 117 Abs. 2:

> „Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung".

Nach den bisherigen Ausführungen bietet diese Vorschrift unserem Begriff keinerlei Schwierigkeiten: die den Schein erregende Erklärung bleibt Schein, sie ist als die We., die sie zu sein scheint, nicht vorhanden. Das sie mitumfassende Gesamtverhalten folgt seinen eigenen Regeln.

Nun wurde freilich bisher mehrfach, der Kürze halber, das Wesen der Scheinerklärung in der Art gekennzeichnet, sie sei für den Gegner unschlüssiges Teilverhalten. Wegen dieser Kennzeichnung liegt hier der Einwand nahe, von einem unschlüssigen Teilverhalten könne bei dem verdeckten Rechtsgeschäft nicht die Rede sein; denn weil das dem Gegner zugänglich gemachte Gesamtverhalten schlüssig sei, sei es auch sein einzelner Teil, an und für sich könne der Erklärungsgegner aus ihm zwar auf den dem Gesamtverhalten des Erklärenden entsprechenden Rechtsveränderungswillen nicht schließen, mit Rücksicht auf das Gesamtverhalten aber müsse er es doch. Man kann diesen Einwand mit Jacobi[174]) auch dahin fassen: die Scheinerklärung sei zwar als die We., die im Innenverhältnis gemeint ist, „ungeeignet, aber verstanden". Der Einwand ist jedoch unbegründet. Denn wie versteht der Gegner die Erklärung? Doch so wie das Gesamtverhalten des Erklärenden es ihm gebietet. Aus d i e s e m soll er schließen und schließt er — auch bei dem verdeckten Rechtsgeschäft — auf den ihm entsprechenden Rechtsveränderungswillen des Erklärenden. Zum Verständnis der Außenerklärung, des nach außen erkennbar gemachten Teilverhaltens, gelangt er erst auf dem Umweg über das Gesamtverhalten des Erklärenden im Innenverhältnis. Aus jenem Teilverhalten an sich schließt er also nichts. Vor allem schließt er daraus nicht auf den Rechtsveränderungswillen, der ihm an sich entspricht. Dieser Schluß ist ihm durch jenes Gesamtverhalten geradezu verboten. Hierin gleicht der Fall des verdeckten Rechtsgeschäfts durchaus dem reinen Scheingeschäft. Bei beiden ist, vom Standpunkt unserer Lehre aus gesehen das Wesentliche: das nach außen erkennbar gemachte Teilverhalten ist nicht die We., als die es nichtsahnenden Dritten. erscheinen soll und auch erscheint.

Auch die Ansicht Brodmanns[175]), das verdeckte Rechtsgeschäft sei „Schein-Kauf, Schein-Schenkung, Schein-Uebertragung, aber nicht Scheingeschäft", vermag ich nicht zu teilen. Daß das verdeckte Rechtsgeschäft kein Scheingeschäft ist, ist, wie ausgeführt, richtig. Ebenso wenig ist es aber Schein-Kauf, Schein-Schenkung oder Schein-Uebertragung. Denn unter den Beteiligten und für den wissenden Dritten ist es wirklich Kauf, Schenkung, Uebertragung und scheint es nicht dies alles nur zu sein. Der nichtsahnende Dritte aber sieht nur das nach außen erkennbar gemachte Teilverhalten des Erklärenden und wertet dieses Teilverhalten als Kauf,

[174]) Theorie S. 25.
[175]) S. 58 f.

Schenkung, Uebertragung oder dergl. Das Gesamtverhalten des Erklärenden bleibt ihm unbekannt. Eine rechtsgeschäftliche Wertung dieses Verhaltens ist ihm deshalb unmöglich. Das Wortspiel Brodmanns paßt hier also nicht.

Allerdings kann das verdeckte Rechtsgeschäft Schein-Kauf, Schein-Schenkung oder dergl. dann sein, wenn es auf den ersten Blick Kauf, Schenkung, Eigentumsübertragung oder ein anderes bestimmtes Rechtsgeschäft zu sein scheint, es bei genauer rechtlicher Prüfung aber nicht ist. Es handelt sich dann um einen Fall des Scheingeschäfts, in dem der Erklärende jedem Dritten — außer demjenigen, gegen den sich der Schein richtet — sein Gesamtverhalten völlig offen legt, er jedoch gleichzeitig auch diesen Dritten täuscht, indem er sein Gesamtverhalten mit allerlei Namen und juristischen Konstruktionen ausschmückt, die die wahre rechtliche Natur dieses Verhaltens verzeichnen, entstellen, verzerren:[176]) ein neuer Kraftwagen wird unter Brüdern für einen Pfennig „verkauft", ein ausführlicher Mietvertrag wird als Pachtvertrag aufgemacht. In solchen Fällen ist das verdeckte Rechtsgeschäft allerdings Schein-Kauf, Schein-Schenkung, Schein-Uebertragung oder dergl. Aber eine solche Verzeichnung des verdeckten Geschäfts hat mit seinem Verhältnis zum hier behandelten Scheingeschäft, seinem Charakter als verdecktem Geschäft nichts zu tun. Nur gelegentlich wird deshalb das verdeckte Geschäft eine solche Doppelnatur haben. Dann aber dürfen das Scheingeschäft und die Doppelnatur des verdeckten Rechtsgeschäfts nicht miteinander verwechselt werden.

„Nichts ist verkehrter", ruft Fuchs[177]) aus, „als die Simulationsfrage unter dem Gesichtspunkt ganz oder gar nichts zu betrachten", und faßt deshalb die Fälle, in denen die Beteiligten die Natur eines Rechtsgeschäfts bewußt verzeichnen, mit unter den Begriff des Scheingeschäfts. Nichts ist verkehrter, möchte ich entgegnen, als in solchen Fällen von einem Scheingeschäft zu reden, in denen es sich nur darum handelt, alles juristische Drum und Dran beiseite zu räumen, und durch richtige rechtliche Beurteilung dem tatsächlichen Kern des Geschäfts den richtigen Namen zu geben und das richtige Recht darauf anzuwenden[178]). Mit Recht hebt gerade Fuchs die Notwendigkeit immer wieder hervor, in diesen Fällen mit klaren rechtswissenschaftlichen Grundbegriffen zu arbeiten, die wahre rechtliche Beschaffenheit dieser tatbestandsmäßig völlig offen liegenden Geschäfte richtig und unvoreingenommen zu erkennen. Zu Unrecht aber stellt er diese Art von „Schein"geschäften jenen gleich, in denen der für den Erklärungsgegner wesentlichste Teil des Tatbestandes dem Dritten verborgen bleibt und dadurch der Schein einer bestimmten We. erreicht wird, die in Wirklichkeit deshalb nicht vorliegt, weil sie gar nicht erklärt ist, weil ihr tatbestandsmäßig das wesentliche Merkmal der Erklärung fehlt.

---

[176]) Zu diesen Geschäften vgl. Fuchs in allen Werken, insbes. Scheinhändel S. 202 ff., Pseud. Rge. S. 109 ff., Steuerumgehung S. 11 ff.

[177]) Steuerumgehung S. 24.

[178]) Gegen Fuchs auch Krückmann in JW. 1919, S. 367 ff.

Lebenslauf.

Ich, Friedrich Karl Rüßmann, Deutscher, evangelischen Bekenntnisses, Sohn des Metzgermeisters Leopold Rüßmann und seiner Ehefrau, Karoline, geborenen Weyand, beide in Wermelskirchen (Rhld.) wohnhaft, wurde am 7. Juli 1902 in Wermelskirchen geboren. Nach dem Besuch der Volksschule und der höheren Stadtschule in Wermelskirchen sowie der Städtischen Oberrealschule in Remscheid legte ich am 5. März 1921 an dieser Schule meine Reifeprüfung ab. Sodann erlernte ich das Bankgeschäft. Ich blieb in diesem Beruf bis Ende September 1924. Inzwischen hatte ich schon im Herbst 1923 an der Universität Köln mit dem Studium der Rechte begonnen. Bis zum Herbst 1925 setzte ich das Studium in Köln, danach bis zum Frühjahr 1927 in Münster fort. Am 5. Oktober 1927 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Im Anschluß daran studierte ich ein weiteres Semester in Münster. Mein Studium betrug somit insgesamt acht Semester. Gleichzeitig begann ich mit dem Vorbereitungsdienst als Referendar. Die große Staatsprüfung bestand ich am 21. Juli 1931. Danach war ich als Anwalts- und Notarsvertreter sowie als Hilfsrichter tätig. Die mündliche Doktorprüfung fand am 11. Dezember 1933 statt.